



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

LIDIANE SOUZA DOS SANTOS

**A ATUAÇÃO INDIVIDUAL DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL E SEUS REFLEXOS PARA O PROCESSO DEMOCRÁTICO
BRASILEIRO**

BRASÍLIA
2019

LIDIANE SOUZA DOS SANTOS

**A ATUAÇÃO INDIVIDUAL DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL E SEUS REFLEXOS PARA O PROCESSO DEMOCRÁTICO
BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor João Costa Ribeiro
Neto

BRASÍLIA

2019

**A ATUAÇÃO INDIVIDUAL DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL E SEUS REFLEXOS PARA O PROCESSO DEMOCRÁTICO
BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito,
submetida à banca examinadora em 08 de
novembro de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. João Costa Ribeiro Neto
Orientador

Prof. Dr. Márcio Iorio Nunes Aranha

Prof.^a Dr.^a Débora Bonat

A Deus, pelo dom da minha vida e por todas as oportunidades e as bênçãos concedidas. Ao meu pai, que me olha do céu e que é meu exemplo de integridade. À minha mãe, que se dedica completamente aos meus sonhos. Ao Elias, amor da minha vida, por tudo. Institucionalmente, à Universidade Estadual do Oeste do Paraná – *campus* de Foz do Iguaçu, por todo o aprendizado e a experiência durante a “graduação sanduíche”, e à Universidade de Brasília, pelo privilégio de ser, novamente, sua aluna.

Há muitos problemas da democracia que não podem ser resolvidos pelo Supremo – a maioria deles, talvez. Muito menos por um só Ministro. Afinal, Supremo é o Tribunal.

Diego Werneck Arguelhes e Ivar A. Hartmann em
Onze Supremos: O Supremo em 2016.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar o papel do Supremo Tribunal Federal (STF) na conformação dos Poderes da República e em que medida a atuação individual dos ministros carece de legitimidade institucional e contribui para o *deficit* democrático. Utilizou-se o método indutivo, com o uso de pesquisa bibliográfica, documental, jurisprudencial e jornalística. A superação da teoria formalista de separação dos poderes conforma a ampla interação entre os Poderes e reconhece o caráter político deles, assim, há que se considerar o STF como ator relevante do processo decisório. A falta de legitimidade diz respeito ao exercício dos poderes de agenda, de sinalização e de decisão formal dos ministros de forma desordenada e descentralizada. Dessa forma, para a estabilidade e a boa reputação institucional há que se pensar em práticas deliberativas que estimulem o consenso e em mecanismos de controle que fortaleçam o Plenário e diminuam o poder individual dos ministros.

Palavras-chave: Cortes Constitucionais; Supremo Tribunal Federal; Teoria da Separação dos Poderes; Processo decisório; Decisão monocrática; Poder de Agenda; Pedido de Vistas; Sinalização; Deliberação.

ABSTRACT

This work intends to analyze the role of the Brazilian Supreme Court – *Supremo Tribunal Federal (STF)* – in the conformation of Powers and tries to measure how the justices' individual actions are lacking of institutional legitimacy and contributes for the democratic deficit. In terms of methodology, this work resorts to bibliographical, documental, jurisprudential and journalistic research. The overcoming of classical interpretation of checks and balances system conforms the interaction between the Branches and recognize the political paper of each one. So, it is necessary to consider the STF as a relevant actor of the decision-making process. The lack of legitimacy concerns in the exercise of justices' agenda powers, signaling and formal decision in a disorganized and decentralized way. Therefore, in order to achieve stability and a good institutional reputation, it is necessary to think about deliberative practices that encourage consensus and control mechanisms that reinforces the collegiate and reduces the individual power of the justices.

Key words: Constitutional Courts, Brazilian Supreme Court; Supremo Tribunal Federal; Checks and Balances System; Decision-making process; Monocratical decision; Agenda Power; Request for examination; Signaling; Deliberation.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Evolução dos Processos do STF entre 1940 e 1964.....	30
Figura 2 – Evolução da relação entre processos julgados e acórdãos publicados	32
Figura 3 – Evolução dos Processos do STF entre 1940 – 1989 (médias quinquenais)	33
Figura 4 – Evolução dos Processos do STF entre 2000 e 2013.....	37

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Comparativo entre as cortes constitucionais europeias e estadunidense	21
Tabela 2 – Comparativo do acesso às cortes europeias	21
Tabela 3 – Modelos de escolha dos membros	22
Tabela 4 – Práticas deliberativas	25

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 – JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA	12
1.1. ORIGEM DO CONSTITUCIONALISMO	12
1.2. DEMOCRACIA.....	13
1.2.1. DEMOCRACIA MAJORITÁRIA – O MODELO WESTMINSTER	15
1.2.2. DEMOCRACIA CONSENSUAL	16
1.3. CORTES CONSTITUCIONAIS	17
1.4. LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS CORTES – ALGUNS ASPECTOS.....	19
1.4.1. O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO	19
1.4.2. ESCOLHA DOS JUÍZES E PROCESSO DE DELIBERAÇÃO.....	20
1.4.3. A SUPERAÇÃO DA CONCEPÇÃO FORMALISTA DO DIREITO E A TEORIA DE SEPARAÇÃO DOS PODERES	25
CAPÍTULO 2 – A CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	28
2.1 PERÍODO REPUBLICANO	28
2.2 CONSTITUINTE.....	33
2.3 CONSTITUIÇÃO DE 1988 E ALTERAÇÕES POSTERIORES.....	34
2.4 PROCESSO DE ESCOLHA DOS MEMBROS E DELIBERAÇÃO.....	38
CAPÍTULO 3 – A ATUAÇÃO INDIVIDUAL DOS MINISTROS.....	42
3.1 DEFINIÇÃO DE AGENDA E PEDIDOS DE VISTA	43
3.2 MANIFESTAÇÕES PÚBLICAS	51
3.3 DECISÕES MONOCRÁTICAS	55
CONSIDERAÇÕES FINAIS	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	67

INTRODUÇÃO

Como produto das democracias consensuais erigidas após a Segunda Guerra Mundial, o estabelecimento de Cortes Constitucionais e a supremacia da Constituição, que vincula e estabelece princípios para todo o ordenamento jurídico, instaura uma nova fase do constitucionalismo. A necessidade da jurisdição constitucional como mecanismo garantidor da inclusão das minorias políticas ao processo decisório e do exercício da cidadania é incontestável, tendo em vista a complexidade das democracias contemporâneas.

Seja pelo viés procedimentalista, como garantidoras do respeito às regras do sistema democrático e da efetiva participação política dos cidadãos, seja do ponto de vista substancial, com a superação do caráter formalista do direito e da democracia em sua expressão majoritária, as Cortes Constitucionais funcionam como verdadeiros limites às maiorias políticas de ocasião.

Surge, pois, a questão da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, sendo que boa parte das críticas ao papel das Cortes Constitucionais no mundo gira em torno do respeito ao princípio da separação dos poderes. No Brasil, no entanto, as ponderações com relação ao papel do Supremo Tribunal Federal vão além do questionamento da atuação do Poder Judiciário em matérias tipicamente afetas ao Poder Legislativo e/ou ao Poder Executivo e firmam-se na atuação individual e desordenada dos Ministros, o que dificultaria a legitimação do poder do Tribunal e prejudicaria sua reputação institucional.

Desse modo, este trabalho tem como objetivo analisar, ainda que brevemente, as condições de existência das Cortes Constitucionais, o papel do STF no modelo de pesos e contrapesos da democracia brasileira e em que medida a atuação individual dos Ministros carece de legitimidade institucional e impacta diretamente o jogo democrático.

Assim, buscar-se-á, especificamente: 1) evidenciar o papel da jurisdição constitucional nas democracias consensuais; 2) justificar a legitimidade democrática destas cortes; 3) evidenciar o processo histórico que culminou na atuação individual descentralizada dos Ministros do STF; 4) verificar se o modelo brasileiro de atuação do Supremo Tribunal Federal corresponderia a uma ofensa à Teoria da Separação dos Poderes; 5) demonstrar os mecanismos de atuação individual dos Ministros e alguns de seus impactos para o processo democrático.

O interesse pelo tema surgiu a partir da observação das práticas de decisão desenvolvidas pelo Tribunal, notadamente nas duas últimas décadas, em que há grande exposição pública não só das votações no Plenário e da publicação dos acórdãos (com votos variados, inclusive com razões diametralmente opostas à posição prevalecente), mas das decisões – e das opiniões – individuais dos Ministros. Em muitos desses julgados verificou-se

que não houve sequer manifestação do Plenário acerca do decidido por um único membro e que, em tantas outras, a posição do Ministro foi inclusive oposta ao já firmado em decisão colegiada.

Além disso, é interessante notar como o processo de escolha dos membros do Tribunal tornou-se importante no cálculo político dos chefes do Poder Executivo eleitos e pauta da mídia especializada em política. Sobre estas questões, no entanto, encontram-se posições divergentes nos meios de comunicação, inclusive naqueles especializados em matéria jurídica. Torna-se salutar, portanto, a análise das práticas deliberativas internas e externas do processo decisório das Cortes Constitucionais, inclusive das estatísticas pertinentes, para desmitificar argumentos meramente retóricos e reproduzidos no Brasil sem a reflexão adequada.

Para tanto, utilizou-se o método indutivo, por meio de levantamento bibliográfico bem como de pesquisa documental sobre o tema, com o fim de eleger a base teórica existente. Além da jurisprudência indexada, foram realizados fichamentos de leitura e análise dos documentos selecionados. Não obstante, dada a própria natureza do assunto, a pesquisa valeu-se de matérias jornalísticas que versavam sobre as declarações públicas dos Ministros.

O trabalho está estruturado em três partes. O primeiro capítulo se destinará ao estudo do constitucionalismo democrático, das Cortes Constitucionais e de alguns aspectos que tratam da sua legitimidade. O segundo capítulo tratará do processo histórico que desaguou na atual configuração da Corte Constitucional brasileira, o STF, bem como demonstrará que o próprio processo de escolha dos membros causa impacto direto nas decisões e nas práticas deliberativas do Tribunal. O terceiro capítulo, por sua vez, abordará a atuação dos Ministros e trará casos recentes em que foi observada a conduta individual dos membros do STF exercendo poderes de agenda, de sinalização e de decisão formal de forma descentralizada, com reflexo direto em alguns dos mais importantes episódios do cenário político brasileiro.

CAPÍTULO 1 – JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA

1.1. ORIGEM DO CONSTITUCIONALISMO

O fenômeno do constitucionalismo¹ emergiu no final do século XVIII como consequência da superação do direito divino e do absolutismo e da assunção das ideias liberais. Nesse sentido, em linhas gerais, três seriam os pilares do movimento: a contenção do poder dos governantes, por meio da separação dos poderes; a garantia de direitos individuais; e a necessidade de legitimação do governo pelos governados, pela via da democracia representativa (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 52).

Os modelos constitucionais que inspiraram o desenvolvimento do movimento constitucionalista ao redor do mundo foram o inglês, o estadunidense e o francês (CANOTILHO, 2007, p. 55). O padrão inglês consiste em um modelo historicista de respeito às tradições constitucionais – já que não há uma constituição escrita – e à soberania do Parlamento, sem controle de constitucionalidade². A ideia do Poder Constituinte, com a refundação do Estado e do ordenamento jurídico, não se aplica à Inglaterra, pois, conforme Canotilho (2007, p. 69), o “constitucionalismo histórico repugna a ideia de um “poder” constituinte com força e competência para, por si mesmo, desenhar e planificar o modelo político de um povo”. Poucos países adotaram esse modelo.

Os Estados Unidos da América (EUA), como país colonizado, iniciaram um modelo de constitucionalismo calcado na ruptura com o passado e com as tradições, embebido pelas ideias jusnaturalistas liberais. Assim, a constituição estadunidense estabelece a soberania do povo como fundamento do poder político e mecanismos para evitar que esse poder se torne repressivo, ameaçando as liberdades individuais. Importante ressaltar que, em 1803, com o caso *Marbury versus. Madison*, desenvolveu-se a ideia de que a constituição como norma jurídica deve ser invocada na resolução de conflitos, “mesmo que isto implique em restrição ao poder das maiorias encasteladas no Legislativo ou no Executivo” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 55).

¹ Toma-se por parâmetro o trabalho de Seelaender (2006), o qual considera um equívoco teórico acreditar que as constituições seriam uma espécie de continuidade das leis fundamentais absolutistas. Citando Dieter Grimm, o autor afirma que as leis fundamentais só atuam vinculando pontualmente os estamentos organizados e os detentores do poder estatal, enquanto as constituições liberais teriam a pretensão de regular amplamente a criação, a atribuição e o exercício do poder, vinculando a totalidade dos governantes e governados.

² Vale ressaltar a existência do *Constitutional Reform Act* de 2005, que estabeleceu uma Corte Suprema no Reino Unido em virtude de adequações às normas da União Europeia (princípio da separação dos poderes). A corte mais alta do país era o Comitê de Apelação da Câmara dos Lordes, também conhecido como *High Court of Parliament*. O Comitê de Apelação realizou seu último julgamento em 2009, quando os lordes integrantes tornaram-se juízes da *Supreme Court* (com poderes de voto na Câmara dos Lordes suspensos). Vale ressaltar que a Suprema Corte consiste, apenas, em corte de avaliação de recursos e não realiza controle de constitucionalidade nas classificações dos outros modelos, qual seja, difuso ou concentrado (THE SUPREME COURT, 2019).

O movimento constitucional francês, por sua vez, surgiu da vontade revolucionária de formar um novo Estado. A constituição deve corresponder a uma lei escrita, que fundaria uma nova ordem vinculada a esse documento. Como decorrência da aversão ao antigo regime absolutista – e aos abusos cometidos pelo Poder Judiciário durante o período –, o protagonista do processo constitucional é o Poder Legislativo (OLIVEIRA, 2016).

Para Souza Neto e Sarmiento (2012, p. 61), teria predominado, no Ocidente, a visão francesa, na qual a constituição é vista como um documento político, mas não como norma jurídica capaz de ser invocada na solução de casos concretos. Aqui, o Poder Judiciário fica adstrito à aplicação das leis ordinárias, elaboradas pelo Legislativo, uma vez que mecanismos de controle das leis por indivíduos não eleitos pelo povo, especialmente os juízes, eram vistos como antidemocráticos.

Contemporaneamente, no entanto, a Supremacia da letra da Constituição vem sendo mitigada pela difusão da jurisdição constitucional³, justificada por Grimm (2011) como produto da fraqueza das constituições – documento político – frente às leis ordinárias, elaboradas pela maioria política. Tal fato pôde ser constatado, especialmente, com as graves violações perpetradas contra os direitos humanos durante a Segunda Guerra Mundial. A necessidade de mecanismos garantes que estivessem acima das decisões das maiorias políticas da ocasião restou historicamente evidenciada. Desde o pós-guerra, observa-se, então, grande mudança institucional, com a progressiva ascensão do Poder Judiciário e, especialmente, das Cortes Constitucionais.

1.2.DEMOCRACIA

Após as experiências totalitárias e autoritárias, uma das características que marcou o final do século XX foi o grande número de países que adotaram, em maior ou menor medida, regimes democráticos. Ainda que haja grande dissenso na ciência política sobre o conceito de democracia contemporânea, os critérios propostos por Robert Dahl (2012) tendem a contemplar as características necessárias para que um país seja classificado como democrático⁴. São elas (DAHL, 2012, p. 352):

1. Funcionários eleitos;
2. Eleições livres e justas;

³ Veja-se, inclusive, a própria instituição do *Conseil Constitutionnel* francês e da instituição do controle de constitucionalidade neste país.

⁴ Ou “poliárquico”, termo que o autor considera mais adequado tendo em vista que as democracias existentes seriam tão somente aproximações do ideal democrático. Parte-se, no entanto, da premissa defendida por Giovanni Sartori (1994) de que o que a democracia é não deve ser separado do que ela deve ser.

3. Sufrágio inclusivo;
4. Direito de concorrer a cargos eletivos;
5. Liberdade de expressão;
6. Informação alternativa⁵;
7. Autonomia associativa.

Atendidos esses requisitos, várias são as formas com que as democracias se organizam. Lipjhart (2000) afirma que há padrões observáveis quando se estuda os regimes democráticos sob o ângulo das instituições e de suas práticas – todas têm em comum parlamentos, tribunais, partidos políticos e grupos de interesse – e a partir do qual se pode classificá-los em majoritários e em consensuais. O autor enumera dez diferenças entre os dois modelos, divididos em duas dimensões (LIPJHART, 2000, p. 15):

Dimensão Executivo – Legislativo

1. Poder Executivo disposto em gabinetes unipartidários ou de maioria mínima ou em gabinetes de ampla coalizão;
2. Preponderância do Poder Executivo sobre o Poder Legislativo (ou não);
3. Bipartidarismo ou multipartidarismo;
4. Sistemas eleitorais majoritários e desproporcionais ou proporcionais;
5. Grupos de interesse baseados ou no pluralismo ou no corporativismo.

Dimensão Federal – unitária

1. Governo unitário e centralizado ou governo federal e descentralizado;
2. Unicameralismo ou bicameralismo;
3. **Constituições flexíveis que aceitam emendas mediante maiorias simples frente a constituições rígidas que são reformadas apenas por meio de maioria qualificada;**
4. **Sistemas em que há ou não a constitucionalidade das leis⁶;**

⁵ Os cidadãos têm direito a fontes múltiplas de informação.

⁶ Grifo nosso.

5. Controle do Banco Central (submisso ao Poder Executivo ou independente).

A partir de tais pressupostos, o autor estudou o funcionamento do sistema político de vários países e enquadrou o Reino Unido como manifestação “pura” de democracia majoritária. O modelo consensual é a regra nos regimes democráticos, mas somente a Suíça, a Bélgica e a União Europeia seriam classificadas como “puras”. Vejamos as características principais dos dois sistemas.

1.2.1. DEMOCRACIA MAJORITÁRIA – O MODELO WESTMINSTER

Lipjhart (2000) utiliza a terminologia Westminster em alusão ao prédio em que o Parlamento britânico se reúne, já que o sistema político do Reino Unido consiste no melhor exemplo do modelo majoritário⁷. Entende-se por democracia majoritária aquela em que a vontade da maioria estrita (ou seja, da menor minoria) prevalece (LIPJHART, 2000, p. 13). No Reino Unido, onde o sistema é bipartidário e no qual ambos os partidos têm aproximadamente a mesma força, o partido que vence as eleições representa uma maioria estreita. Uma ampla minoria se vê excluída do processo de tomada de decisão e exerce, tão somente, o papel de oposição (LIPJHART, 2000, p. 22).

Durante a história britânica, raros foram os casos em que se formou um gabinete de coalizão, no qual a minoria é incluída. Normalmente, o gabinete é formado pelos membros do partido majoritário da Câmara dos Comuns, que tem preponderância sobre a Câmara dos Lordes. Como consequência desse cenário, o Executivo acaba tendo ascendência sobre o Legislativo, já que não há necessidade de negociação e conformação de interesses no parlamento.

Além disso, neste modelo, em regra, as constituições são flexíveis e não escritas, podendo ser alteradas pelo parlamento eleito da situação sem a atuação das minorias. Não há, tampouco, mecanismos de controle de constitucionalidade, já que não existe documento constitucional que possua o estatuto de lei superior frente a leis ordinárias. O parlamento, apesar de aceitar as normas da constituição não escrita e se sentir obrigado por elas, formalmente não possui entraves ou submissões à constituição. Dessa forma, pode-se dizer que o parlamento (ou a maioria parlamentar da ocasião) goza de autoridade última e soberana (LIPJHART, 2000).

Inicialmente, tal concepção parece mais próxima do ideal democrático em detrimento daquele em que há a necessidade de negociação e de acordo com a minoria “perdedora”, já que

⁷ Outros países que se enquadram nesse modelo e foram estudados por Lipjhart são a Nova Zelândia e Barbados.

a vontade da maioria numérica seria satisfeita. A prática, porém, mostra que tal modelo, na verdade, é excludente, competitivo e confrontativo, e tende a funcionar somente em sociedades mais homogêneas, onde os próprios partidos políticos têm posições políticas parecidas e tendentes ao centro (LIPJHART, 2000, p. 14 – 44).

1.2.2. DEMOCRACIA CONSENSUAL

O modelo da democracia de consenso permite a ampliação da maioria governante com a inclusão das demandas das minorias. Diferentemente do que ocorre no modelo Westminster, o multipartidarismo permite que os diversos grupos políticos participem de uma coalizão ampla, onde o Legislativo tende a manter autêntica relação de intercâmbio com o Executivo e onde nenhum grupo político consegue fazer maioria sozinho. Além disso, o próprio sistema proporcional das eleições enseja a representação das minorias.

O modelo consensual tenta dividir, dispersar e restringir o poder de várias formas (LIPJHART, 2000, p. 46), uma vez que em sociedades complexas e heterogêneas a adoção da democracia majoritária será, na verdade, antidemocrática – as decisões serão tomadas por uma estreita maioria.

Lipjhart (2000, p. 44) afirma que:

(...) en sociedades plurales – sociedades que se hallan profundamente divididas por motivos religiosos, ideológicos, lingüísticos, culturales, étnicos o raciales en auténticas subsociedades separadas que cuentan com partidos políticos, grupos de interés y medios de comunicación propios – es probable que la flexibilidad necesaria para conseguir una democracia mayoritaria no exista. Bajo estas condiciones, el gobierno de la mayoría no solo es antidemocrático sino también peligroso, puesto que las minorías a las que constantemente se les niega el acceso al poder se sienten excluidas y discriminadas y son susceptibles de perder su lealtad al régimen.

Com relação às Constituições, Lipjhart (2000, p. 204 - 205) afirma que a regra é a adoção de documentos escritos e rígidos, por dois motivos: o simbolismo do documento tende a fazer com que a maioria parlamentar se sinta moralmente obrigada a respeitá-lo e, mais importante, o processo de reforma dos textos constitucionais dos países que adotam este modelo é dificultado pelo veto da minoria, ou seja, emendas somente podem ser aprovadas por maiorias diferenciadas.

A existência das Cortes Constitucionais e do *judicial review* é, para o autor, no entanto, ainda mais importante que a rigidez da constituição no sentido de restringir as maiorias políticas – se o próprio parlamento julgar a constitucionalidade das leis que elaborou é fácil que apenas haja um referendo da inconstitucionalidade e da posição da maioria numérica (LIPJHART, 2000, p. 209).

Nesse contexto, o modelo que mais se aproximaria do real espírito democrático é a democracia consensual: na tentativa de agregar o maior número de pessoas possível em torno de uma decisão, há uma verdadeira busca pelo diálogo e pela participação das minorias e um amplo acordo para que não haja a concentração do poder político nas mãos de uma maioria escassa.

1.3. CORTES CONSTITUCIONAIS

As constituições europeias que se seguiram à Segunda Guerra caracterizam-se pela importância dada à garantia dos direitos humanos e à limitação da atividade do Estado. Porém, para além dessas preocupações, a maior transformação destas cartas constitucionais foi a introdução de cortes com o poder de revisão e de declaração de inconstitucionalidade de leis e de atos normativos, baseados no modelo proposto por Hans Kelsen, tendo em vista o princípio da supremacia da constituição e a subordinação de todo o ordenamento jurídico aos seus preceitos (PASQUINO; FERREJOHN, 2004)⁸.

Grimm (2011, p. 17) assim resume o processo de difusão global das cortes constitucionais:

It was this weakness that gave rise to constitutional adjudication, in the United States soon after the invention of constitutionalism, in Europe and other parts of the world only after the collapse of the fascist and racist, socialist and military dictatorships beginning in the 1950s and culminating in the 1990s. Although many of these systems had constitutions their impact was minimal, and invoking constitutional rights could be dangerous to citizens. In the light of this experience constitutional courts were generally regarded as a necessary

⁸ A criação de uma Corte Constitucional e do controle concentrado de constitucionalidade na Europa remonta à democratização e à adaptação da Corte Imperial de Justiça ao regime da Primeira República da Áustria, cujo mentor teórico, a partir de discussões com Georg Jellinek, foi Hans Kelsen. O jurista austríaco defendeu um tribunal que funcionasse como guardião da ordem constitucional, uma vez que a Constituição era o elemento fundador do Estado e ela é quem garantiria legitimidade e estabilidade à nação (KELSEN, 2003). Dessa forma, para Pasquino e Ferrejohn (2004), o mentor espiritual das Cortes Constitucionais europeias não teria sido o estadunidense John Marshall, mas Hans Kelsen.

completion of constitutionalism. If the very essence of constitutionalism is the submission of politics to law, the very essence of constitutional adjudication is to enforce constitutional law vis-à-vis government. This implies judicial review of political acts including legislation.

Assim, como fruto da necessidade histórica de se afirmar a supremacia da constituição frente a leis ordinárias, que, apesar de terem sido elaboradas por meio de um processo legislativo democrático, interferem e comprometem o exercício e a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, especialmente aqueles pertencentes a minorias, é que se legitimam as cortes constitucionais.

Barroso (2015, p. 28) afirma, dessa forma, que houve o deslocamento do “Estado legislativo de Direito” do século XIX, centrado na atividade do poder legislativo, para o Estado constitucional de direito, com a expansão da jurisdição constitucional e da submissão da atividade legislativa aos ditames constitucionais.

Neste novo paradigma caberá às cortes constitucionais assegurar o governo da maioria e a igualdade de todos os cidadãos (BARROSO, 2015, p. 25). Surge, no entanto, a questão da legitimidade: como justificar a atuação de juízes não eleitos acerca de atos políticos?

Para Carvalho (2003), duas são as perspectivas que analisam o alcance da atuação das cortes constitucionais: a normativa, qual seja, a supremacia da constituição sobre as decisões, e a analítica, que consiste no ambiente político e institucional para que o fenômeno ocorra. No concernente à perspectiva analítica, Tate e Vallinder (1997), a partir de casos concretos, observam que a expansão dos limites do Poder Judiciário no ocidente está intrinsecamente ligada com a Guerra Fria e com a transformação da democracia e da cultura – inclusive jurídica – dos Estados Unidos da América como parâmetro para o bloco capitalista. Ressalte-se, também, a importância da difusão de ideias e do modelo do Tribunal Constitucional Alemão após a Segunda Guerra.

A partir da perspectiva normativa, há forte embate entre procedimentalistas e substancialistas. Em breves palavras, os procedimentalistas, cuja matriz teórica principal são os trabalhos de Antoine Garapon (1999), Jürgen Habermas (2003), John Hart Ely (2010) e Niklas Luhmann (1980), acreditam, em linhas gerais, que a pró-atividade do Judiciário, em nome da igualdade, induz à perda da liberdade, enfraquece a democracia e transforma os cidadãos em meros expectadores da burocracia estatal. Os substancialistas, com destaque para Ronald Dworkin (2007) e Mauro Cappelletti (1993), entendem que a invasão da esfera política pelo Direito é positiva e contribui para a agenda igualitária.

Embora entendamos que as duas teorias não são excludentes e que enriquecem o debate

acerca da hermenêutica constitucional das Cortes Constitucionais, adotar-se-á a perspectiva substancialista para expor três aspectos que corroboram a legitimidade democrática das cortes constitucionais, calcados no sentido de garantir os direitos das minorias na sociedade.

1.4. LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS CORTES – ALGUNS ASPECTOS

Dois fundamentos são apontados por Barroso (2015, p. 36) para legitimar a jurisdição constitucional:

- A) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e
- B) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos.

Assim, os atos submetidos à jurisdição constitucional, além de estar em harmonia com os princípios da ordem jurídica, devem ter sido produzidos por um órgão eleito democraticamente e respeitado o processo legislativo. Quando isso não ocorre, a Corte Constitucional, na qualidade de guardião dos preceitos constitucionais, deve agir. Assim, a partir das ideias de Garapon, Dworkin e John Rawls, Barroso (2015, p. 37) afirma que:

Mais do que o direito de participação igualitária, democracia significa que os vencidos no processo político, assim como os segmentos minoritários em geral, não estão desamparados e entregues à própria sorte. Justamente ao contrário, conservam a sua condição de membros igualmente dignos da comunidade política. Em quase todo o mundo, o guardião dessas promessas é a suprema corte ou o tribunal constitucional, por sua capacidade de ser um fórum de princípios — isto é, de valores constitucionais, e não de política — e de razão pública — isto é, de argumentos que possam ser aceitos por todos os envolvidos no debate. Seus membros não dependem do processo eleitoral e suas decisões têm de fornecer argumentos normativos e racionais que a suportem.

1.4.1. O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO

Corroborando os estudos e as conclusões de Lipjhart (2000) sobre a democracia consensual, Barroso (2015, p. 25) afirma que

(...) a política majoritária, conduzida por representantes eleitos, é um componente vital para a democracia. Mas a democracia é muito mais do que a mera expressão numérica de maior quantidade de votos. Para além desse aspecto puramente formal, ela possui uma dimensão substantiva, que abrange a preservação de valores e direitos fundamentais. A essas duas dimensões — formal e substantiva — somam-se, ainda, dimensão deliberativa, feita de debate público, argumentos e persuasão. A democracia contemporânea, portanto, exige votos, direitos e razões.

Dessa forma, em sociedades heterogêneas e complexas, com múltiplos interesses e grupos, há que se ter mecanismos capazes de evitar “a tirania das maiorias” (BARROSO, 2015, p. 36), pois, conforme visto, a maioria estrita constitui, por outro lado, uma ampla minoria. Busca-se, assim, com a jurisdição constitucional, garantir o pleno funcionamento das instituições democráticas e evitar a opressão das minorias quando há distorções e desrespeito aos princípios da ordem constitucional.

1.4.2. ESCOLHA DOS JUÍZES E PROCESSO DE DELIBERAÇÃO

Para Dieter Grimm (2011, p. 19) um dos pontos cruciais da legitimidade democrática das Cortes Constitucionais reside no processo de escolha dos juízes. Arguelhes e Ribeiro (2018), corroborando a posição de Grimm e citando trabalho de Robert Dahl (1957), afirmam que a composição do tribunal constitucional, formada ao longo do tempo pelas indicações de seus membros, é variável fundamental para entender o comportamento da Cortes Constitucionais no processo político das democracias.

O estudo de Dahl tratou da Suprema Corte dos Estados Unidos. Para o cientista político americano, a função contramajoritária do Tribunal era excepcional, uma vez que, sendo os ministros indicados pelo Presidente e sabatinados pelo Senado, seus posicionamentos sobre política não seriam muito distantes dos posicionamentos dos atores da arena política *per si*. Os membros são escolhidos dentre juristas estadunidenses com reputação ilibada. Os mandatos são vitalícios.

Ferejohn e Pasquino (2004) compartilham da visão de Dahl e vão além: para os autores, a Corte Suprema, ao longo dos anos, tendo em vista o bipartidarismo e a vitaliciedade do mandato dos membros, transformou-se em mais uma instância pura do embate político, onde o conflito público é encorajado e múltiplas opiniões são publicadas.

Os autores entendem que a controvérsia é central numa democracia, no entanto quando se trata de interpretação constitucional, esse embate exagerado pode ser prejudicial ao sistema (porque se trata essencialmente de um sistema que precisa desenvolver uma visão comum ou compartilhada da constituição). Assim, as constituições europeias evitariam a politização exacerbada das decisões já no processo de escolha de seus membros, uma vez que a instituição de mandato e a forma com que as cortes deliberam são elementos fundamentais para a qualidade da democracia constitucional.

Em seu estudo, Ferejohn e Paquino (2004) utilizam os exemplos de Alemanha, França, Itália, Espanha e Portugal e os comparam com a Suprema Corte estadunidense. Senão, vejamos⁹:

Tabela 1 – Comparativo entre as cortes constitucionais europeias e estadunidense

COMPARATIVO ENTRE AS CORTES CONSTITUCIONAIS EUROPEIAS E ESTADUNIDENSE	
Europa	Estados Unidos
Mandato de 9 a 12 anos sem recondução	Mandato sem limitação de tempo
Monopólio do controle constitucional pela Suprema Corte (controle concentrado)	Suprema Corte como uma instância de revisão em temas que tangenciem matéria constitucional (controle difuso)
Pouca sustentação oral	Grande sustentação oral
Sessões fechadas ou secretas para encorajar o consenso	Múltiplos votos são comuns
Membros: em regra, professores e advogados	Membros: juízes de carreira
Indicação dos membros passa pela aprovação da maioria qualificada do Legislativo	Indicação por maioria simples no Senado
Cortes decidem temas ao invés de casos concretos	Corte decide casos concretos

Tabela 2 – Comparativo do acesso às cortes europeias

COMPARATIVO DO ACESSO ÀS CORTES EUROPEIAS		
França	Alemanha	Itália
As demandas chegam, em regra, por meio da <i>saisine parlementaire</i> (minoridade parlamentar). 60 (sessenta) membros de cada câmara do Parlamento podem suscitar a intervenção da Corte.	Em tese, qualquer cidadão, alemão ou não, pode reclamar ao <i>Bundesgerichtshof</i> . Mas, em regra, quem aciona a Corte é um juiz (recurso).	A Corte não decide casos concretos e somente um juiz pode acioná-la.

⁹ Tabelas elaboradas a partir de Ferejohn e Pasquino (2004).

Tabela 3 – Modelos de escolha dos membros

MODELOS DE ESCOLHA DOS MEMBROS		
Monocrático	Majoritário	Supermajoritário
FRANÇA: O Presidente da República (PR) e os Presidentes das duas casas parlamentares apontam 3 (três) membros, respectivamente, ao <i>Conseil Constitutionnel</i> (sem consulta ou escolha prévia).	ITÁLIA: 15 membros por 9 anos. <ul style="list-style-type: none"> • 5 indicados pelas Cortes Superiores (magistrados antigos, <i>low profile politics</i>); • 5 indicados pelo PR – eleito indiretamente pelo Parlamento – (professores universitários, <i>medium profile politics</i>). 	ITÁLIA: 15 membros por 9 anos. <ul style="list-style-type: none"> • 5 indicados pelas duas casas do Parlamento (2/3 e 3/5) → exclui posições extremas porque a minoria pode vetar qualquer candidato.
	ESPANHA: 12 membros por 9 anos. <ul style="list-style-type: none"> • 2 membros escolhidos pelo governo; • 2 membros escolhidos pelo <i>Consejo General del Poder Judicial</i>. 	ESPANHA: 12 membros por 9 anos. <ul style="list-style-type: none"> • 4 membros indicados pela Câmara (maioria de 3/5 – necessária para as emendas); • 4 membros indicados pelo Senado (maioria de 3/5 – necessária para as emendas).
	PORTUGAL: 13 membros por 9 anos. 6 juízes e 6 juristas. 3 membros escolhidos pelos próprios membros da Corte.	PORTUGAL: 13 membros por 9 anos. 6 juízes e 6 juristas. <ul style="list-style-type: none"> • 10 membros eleitos pela Assembleia da República com maioria de 2/3.
		ALEMANHA: 16 membros por 12 anos. Indicados por acordo entre as duas Casas do Parlamento.

Haveria, assim, em regra, na Europa, mandato para o exercício da judicatura e três modelos para a escolha dos juízes: monocrático, majoritário e supermajoritário. Dos países europeus, apenas a França utiliza o critério monocrático, no qual o Presidente da República e os Presidentes das duas casas do Parlamento apontam, cada um, 3 (três) membros para o *Conseil Constitutionnel* por sua própria escolha e sem deliberação prévia.

O modelo supermajoritário, de invenção alemã, pressupõe a escolha dos juízes por maioria qualificada de 2/3, o que leva ao consenso e reflete a representatividade parlamentar. Nos outros países europeus citados, adota-se um sistema misto, combinando membros escolhidos de forma majoritária – normalmente quando os juízes devem ser escolhidos entre juristas e professores universitários – com a regra supermajoritária.

Nos EUA, a aprovação da escolha dos membros da Suprema Corte ocorre por maioria simples no Senado, o que dá um caráter político à escolha dos membros. Tendo em vista que o sistema político daquele país é, na prática, bipartidário, o juiz escolhido será ligado à maioria de ocasião.

Ferejohn e Pasquino (2004) acreditam que tanto o estabelecimento de mandato quanto o uso da deliberação por supermaioria como procedimento de escolha dos juízes afastam as cortes europeias da arena política, já que há uma tendência de que o escolhido seja moderado – sua nomeação passou pelo crivo das minorias – e, assim, um juiz mais disposto ao diálogo e à acomodação de interesses dentro do processo de deliberação interna da corte.

Com relação às práticas de deliberação, para classificá-las, Ferejohn e Pasquino (2004) analisam o ambiente em que as decisões são tomadas e sua forma de apresentação. Há sistemas em que a deliberação dos juízes constitucionais é secreta, ambientes em que as deliberações são restritas a audiências internas e sistemas de deliberações externas, em que as sessões são acessíveis ao público. À primeira vista, as deliberações externas aparentam ser mais democráticas, todavia, percebe-se que em cortes que operam nesse sistema, há um estímulo ao dissenso e ao enfrentamento, pois os juízes preocupam-se com sua reputação individual, como é o caso da Suprema Corte dos Estados Unidos. Prejudica-se, assim, a reputação institucional do Tribunal.

Com relação à forma de apresentação das decisões, “o estilo redacional de uma decisão cumpre uma função quase tão fundamental quanto seu próprio conteúdo” (MENDES, 2012, p. 12). Prossegue o autor no sentido de que “uma corte deliberativa, (...) precisa balancear a necessidade de construir uma identidade institucional com o dever de respeitar o lugar e o valor de opiniões dissidentes” (MENDES, 2012, p. 12).

Há, tradicionalmente, dois modelos para caracterizar as decisões de um tribunal, a saber, *seriatim* e *per curiam*. No sistema *seriatim*, um relator é designado para apresentar o caso e expor seu entendimento, ao que pode ser acompanhado – parcial ou integralmente – ou não pelos outros membros. Os termos do acórdão serão redigidos com base na posição vencedora, porém o texto conterá as razões individuais de votos dos membros do Tribunal e as

divergências¹⁰. Assim, “*in a sense, then, the judges decide the disposition together but each judges gives reasons alone as the deciding court endorses, as a court, no set of reasons for its decisions on the disposition.*” (KORNHAUSER, 2013, p. 10).

Já o sistema *per curiam* diz respeito à apresentação dos resultados da deliberação por meio de um texto único, elaborado após debate e negociação entre os juízes. Dessa forma, conforme Kornhauser (2013, p. 12), o sistema *per curiam* promoveria a prática de consenso entre os juízes:

The court, not a judge, announces the decision and the reasons for it; these reasons are not those of each individual judge on the court but of the judges deciding together. Per curiam practice apparently requires that each judge seek consensus with her colleagues; obviously a judge who seeks consensus decides differently when deciding together than she would decide were she deciding alone.

Mendes (2012, p. 15) afirma que a maioria das Cortes Constitucionais optam por decisões *per curiam* puras e outras mesclam opiniões com votos concorrentes e dissidentes, sendo raras as cortes que optam por um modelo *seriatim* puro¹¹. Assim, Virgílio Afonso da Silva (2013), corroborando o pensamento de Ferejohn e Pasquino (2004), argumenta que o modelo *seriatim* pode estimular a decisão sem um esforço de convergência e incitar a atuação individual de cada um deles. Haveria então, para o autor, uma fórmula para a legitimidade da Corte constitucional (SILVA, 2013, p. 559):

The more the internal organizational rules and customary practices of a given court function as incentives for rational deliberation, the more legitimate the judicial review exercised by this court.

Dessa forma, o modelo *seriatim* puro, no qual não se estimula a deliberação e se encoraja a irracionalidade, dificultaria “a realização de promessas formais do estado de direito, pois sequer consegue fornecer uma *ratio decidendi* compartilhada, um precedente que de fato oriente casos futuros” (MENDES, 2013, p. 14).

¹⁰ Mendes (2012, p. 13) afirma que há diferenças entre a *seriatim* tradicional do *common law*, onde as opiniões da maioria e da minoria são quase sempre independentes e separadas, e o estilo da Suprema Corte dos Estados Unidos, na qual, em regra, há um esforço por uma única decisão, à qual se juntam votos concorrentes e dissidentes.

¹¹ O STF adota, nessa perspectiva, um modelo *seriatim* puro.

Tabela 4 – Práticas deliberativas

PRÁTICAS DELIBERATIVAS ¹²	
Europa	Estados Unidos
A atuação constitucional tende a ser exclusiva e fechada	Vários atores jurídicos e políticos envolvidos
Predominância da deliberação interna	Predominância da deliberação externa
<i>Per curiam</i> . Decisão em consenso: na Itália, só em consenso. Na Alemanha, não é obrigatória (desde a reforma de 1970), mas há uma disposição institucional para que isso aconteça. Não deu certo no caso do aborto (em questões muito polêmicas costuma resultar em dissenso) Dieter Grimm: não é tradição continental o dissenso. Publicam-se, sempre que possível, decisões consensuais	<i>Seriatim</i> . Publicação das divergências

Dessa forma, a experiência dos Estados Unidos mostra que há a predominância de deliberação externa e que a Corte tem se comportado, em várias ocasiões, como instância política, resultado direto de como o processo de escolha dos juízes é feito (PASQUINO; FEREJOHN, 2004), ao contrário do que os autores apreenderam da experiência europeia.

1.4.3. A SUPERAÇÃO DA CONCEPÇÃO FORMALISTA DO DIREITO E A TEORIA DE SEPARAÇÃO DOS PODERES

A atividade de jurisdição constitucional nas democracias contemporâneas exige a superação de uma concepção formalista do direito, com recurso a métodos abertos de raciocínio jurídico, como ponderação de valores e teorias da argumentação (RODRIGUEZ, 2013). Tal paradigma é calcado na ideia weberiana de que o direito ocidental é formal, fundado em normas jurídicas racionais, alijadas de juízos de valor éticos, morais ou políticos e que os conflitos seriam decididos a partir de regras claramente definidas, que padronizariam as decisões (RODRIGUEZ, 2013, p.163).

O desenho institucional que efetivou essa ideia foi o Estado de direito concebido em função da teoria clássica da separação dos poderes, no qual o Judiciário tem apenas a função de aplicar as leis produzidas pelo Legislativo. Porém, esta seria uma leitura equivocada (e engessada) da obra *O Espírito das Leis*, de Montesquieu: a ideia do autor consistia na necessidade de pesos e contrapesos para evitar polos de poder absolutos, sem controle, e não

¹² Tabela elaborada a partir de Ferejohn e Pasquino (2004).

na ideia de que há a necessidade de divisão estanque entre as atribuições do Legislativo, do Executivo e do Judiciário.

Citando Franz Neumann, Rodriguez (2013, p. 170) afirma que essa separação rígida de poderes pode ser obstáculo para a transformação social quando pensada como modelo destinado a enquadrar o conflito social em “uma gramática imune às forças progressistas”. Vale ressaltar que, mesmo nos EUA, em que há críticas fundamentadas ao caráter político da Corte Suprema (PASQUINO; FERREJOHN, 2004), a antipatia ao ativismo judicial, que desrespeitaria o espírito da Constituição, dos *founding fathers* e da própria democracia, tem servido aos interesses conservadores, com o intento de barrar avanços sociais (RODRIGUEZ, 2013, p. 170).

Benvindo (2016, p. 91), nesse sentido, afirma que

O funcionamento dos três Poderes é, na verdade, amplamente político, cercado dos mais diferentes interesses – e aqui entram, sim, vários daqueles adjetivos pejorativos normalmente associados à atuação do parlamento –, muitas vezes, aliás, pouco transparentes, até para não quebrar a aura de “pureza”, que precisa tanto qualificar a jurisdição constitucional para consubstanciar seu *status* de legitimidade. Em certos momentos (...), a delimitação do espaço de cada um dos Poderes enseja amplas discussões e a necessidade de se reafirmar como instituição democrática; em outros, ocorrem associações entre os Poderes para operacionalizarem seus poderes da melhor forma. São características para as quais Madison já alertava típicas da própria natureza humana, e é uma ingenuidade acentuada ou mesmo uma cegueira estratégica negar o que se revela tão nitidamente.

Cabe ressaltar, então, a existência do chamado diálogo institucional como argumento à admissão da superação da teoria clássica, mas reforçador da ideia de poderes de estados organizados sob a perspectiva de pesos e contrapesos. Barroso (2015, p. 45) afirma que

Embora a corte constitucional ou corte suprema seja o intérprete final da Constituição em cada caso, três situações dignas de nota podem subverter ou atenuar esta circunstância, a saber: a) a interpretação da Corte pode ser superada por ato do Parlamento ou do Congresso, normalmente mediante emenda constitucional; b) a Corte pode devolver a matéria ao Legislativo, fixando um prazo para a deliberação ou c) a Corte pode conclamar o Legislativo a atuar, o chamado “apelo ao legislador”.

Tendo em vista esse cenário, há que se considerar o tribunal constitucional como um ator relevante no processo decisório nacional e, dessa forma, como parte do cálculo político dos demais atores, já que sua atuação pode ter “um impacto legislativo imediato, direto e formal sobre as decisões legislativas, vetando-as totalmente ou invalidando-as parcialmente” (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 16). Não obstante, tal configuração influencia o comportamento do próprio Tribunal e, assim, decisões judiciais formais nos dão uma visão incompleta de como tribunais e juízes influenciam a política:

A ameaça crível de decisão judicial futura (gerada pelo comportamento passado do tribunal) cria uma espécie de efeito pedagógico e indireto de retroalimentação (*feedback*) sobre o próprio processo legislativo (Sweet, 2000; Whittington, 2005; Epstein; Knight, 1998; Taylor, 2008), conforme atores políticos percebem esses incentivos para adaptar sua produção normativa e estratégias de ação levando em conta as preferências do tribunal (Sweet, 2000). Por outro lado, também é possível haver comportamento estratégico e antecipação *dentro* do tribunal. Por exemplo, os juízes podem evitar decisões muito conflitantes com as preferências da maioria governante para evitar retaliação (Epstein e Jacobi, 2010; Epstein, Knight e Martin, 2001; Ribeiro; Arguelhes, 2013). [...] A direção da decisão judicial (ou das considerações estratégicas dos demais atores) dependerá das preferências do tribunal frente ao seu grau de independência dado pelo desenho institucional, o que, por sua vez, dependerá da configuração institucional do processo decisório do tribunal vigente. (ARGUELHES, RIBEIRO, 2018, p. 16 – 17).

CAPÍTULO 2 – A CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

2.1 PERÍODO REPUBLICANO

A criação do Supremo Tribunal Federal (STF) ocorreu em 1890, quando, por meio do Decreto nº 848, determinou-se que o órgão seria integrado por 15 (quinze) juízes de notório saber e reputação ilibada e teria, dentre outras, as seguintes competências:

instruir os processos e julgar em primeira e única instância os presidentes da República nos crimes comuns, os juízes de seção nos crimes de responsabilidade, os ministros diplomáticos em ambos os crimes, os pleitos entre a União e os estados ou destes entre si, os litígios e as reclamações entre as nações estrangeiras e a União ou os estados, a suspeição aposta a qualquer de seus membros, e os conflitos de jurisdição entre os juízes federais ou entre estes e os juízes estaduais; proceder a julgamentos em grau de recurso e em última instância em casos especiais; rever processos criminais em que houvesse sentença condenatória definitiva, e conceder ordem de *habeas-corpus*¹³.

A Constituição de 1891 confirmou a estrutura do STF e as cartas seguintes mantiveram as principais características do Tribunal, com poucas mudanças em suas funções e variando o número de membros. Assim, mesmo a jurisdição constitucional brasileira existindo desde 1890 inspirada nos EUA, o controle constitucional, ainda que difuso, não desempenhava papel relevante (SOUZA NETO; SARMENTO, p. 61).

No período militar, porém, as competências do STF sofreram significativas alterações e observa-se, a partir daí, gradual processo de concentração decisória nesse tribunal, motivado pelo discurso da sobrecarga no Poder Judiciário (COSTA; CARVALHO; FARIAS, 2016).

Dessa forma, a Emenda Constitucional (EC) nº 16 de 1965 modificou a Constituição para acrescentar às competências originárias do STF a função de julgar "lei ou ato de natureza, normativa federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República" e previu a faculdade ao poder legislativo estadual para estabelecer que os tribunais de justiça dos estados-membros declarassem a inconstitucionalidade de leis estaduais ou municipais em conflito com a constituição estadual. Estabelecia-se, assim, no Brasil, o controle concentrado de constitucionalidade.

¹³Verbete Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.fgv.br/Cpdoc/Acervo/dicionarios/verbete-tematico/supremo-tribunal-federal-stf>> Acesso em 22 de agosto de 2019.

A introdução da representação de inconstitucionalidade veio, no entanto, com o “reconhecimento explícito de que entre nós não vigorava o “privilégio de interpretação constitucional por uma Corte especializada” (COSTA; CARVALHO; FARIAS, 2016, p. 165).

Os autores afirmam ainda que

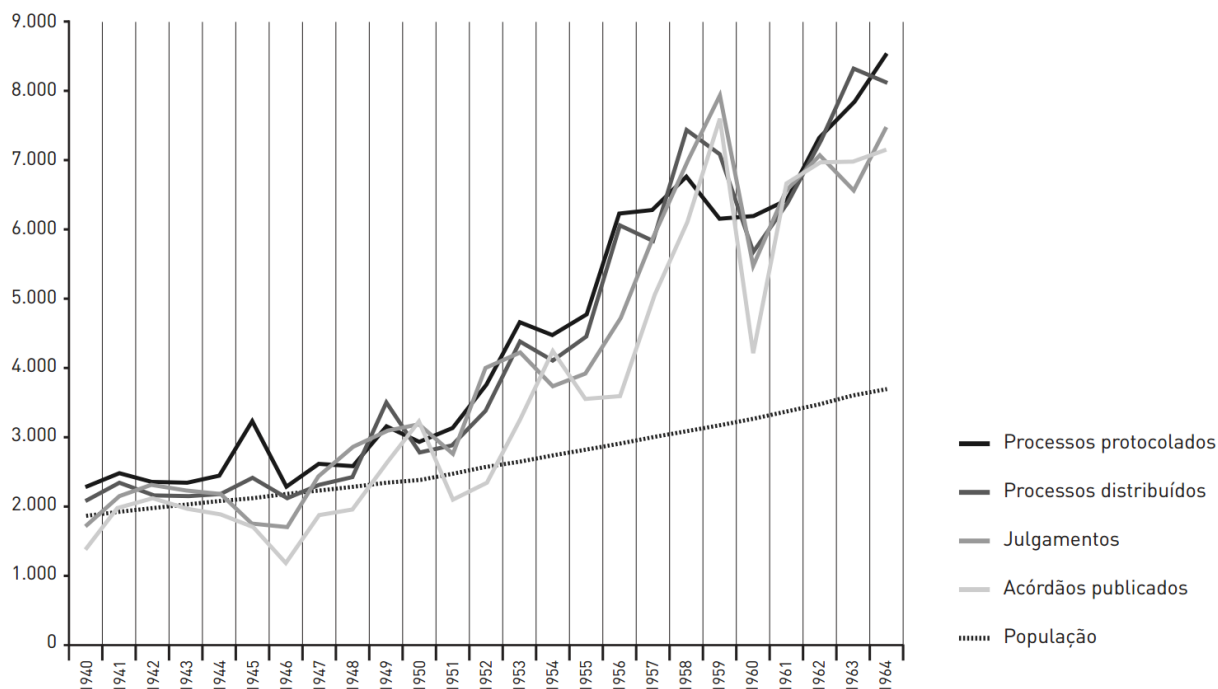
O estabelecimento da representação de inconstitucionalidade representou um movimento de concentração da jurisdição constitucional, com uma ampliação dos poderes do STF que só não foi completa porque o próprio Executivo rejeitou a proposta de concentrar no próprio Supremo o poder de selecionar as causas constitucionais que julgaria, por meio da advocatória, ainda que o AI-2 tenha anulado o peso político dos ministros nomeados antes de 1964 por meio da introdução de novos magistrados na Corte. Com isso, o modelo de controle concentrado instituído pela combinação do AI-2 com a EC 16/1965 foi altamente seletivo, visto que a representação somente poderia ser movida pelo representante judicial da presidência da República, cargo de confiança nomeado livremente pelo presidente e exonerável *ad nutum*. (p. 165)

Dessa forma, de acordo com Costa et al (2016), a intenção da EC 16/1965 não foi a de diminuir o número de processos que chegava ao Tribunal, mas conferir celeridade aos julgamentos. A exposição de motivos da Proposta de Emenda Constitucional indicava que a justificativa da proposição era a "chamada crise das pautas de julgamento, caracterizada pelo acúmulo dos processos a exigir decisão dos tribunais superiores" (COSTA; CARVALHO; FARIAS, 2016, p. 161).

Os autores afirmam que os dados sobre os processos entre 1965 e 1979 sugerem que o Tribunal “conseguiu oferecer respostas mais céleres para uma quantidade de demandas que era crescente, mas que não era mais intensa do que o próprio crescimento populacional”. Vejamos o gráfico que mostra essa correlação (COSTA; CARVALHO; FARIAS, 2016, p. 166):

Figura 1 – Evolução dos Processos do STF entre 1940 e 1964

GRÁFICO 1 – EVOLUÇÃO DOS PROCESSOS DO STF ENTRE 1940 E 1964



O gráfico sugere um aumento no número de processos distribuídos e julgados e a redução dos acórdãos publicados a partir de 1967. Os autores observam que o novo padrão se consolidou na década de 1970 menos pelas inovações trazidas pela EC nº 16/65 e mais a partir da promulgação de novo Regimento Interno do STF, que ampliou os poderes monocráticos do relator no art. 22, § 1º:

“Art. 22. (...)”

§ 1º Poderá o Relator arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente; e, ainda, quando contrariar a jurisprudência predominante do Tribunal (art. 98) ou fôr evidente a sua incompetência.”

Nas décadas de 70 e 80, ainda que constatado o incremento na carga de trabalho, observa-se que o número de processos julgados é maior que o de processos distribuídos. Porém, a partir do declínio do número de acórdãos, depreende-se que a introdução do controle concentrado de constitucionalidade, em razão de seu caráter seletivo, não alterou os padrões de julgamento do Tribunal, mas o que se observa é o expressivo aumento no quantitativo de decisões monocráticas.

De posse de tais dados, Costa, Carvalho e Farias (2016, p. 169) afirmam que

o Tribunal adotou estratégias de trabalho que privilegiam decisões monocráticas, nas quais os processos são extintos sem uma avaliação colegiada, e que tais políticas foram capazes de manter o equilíbrio entre o número de decisões e o de ajuizamentos e, inclusive, de reduzir os estoques de processos aguardando julgamento. Estabeleceu-se, assim, um mecanismo informal de seleção de julgamentos, em que a maior parte dos processos era extinto sem que o seu mérito fosse efetivamente analisado, fenômeno que se radicalizou ao longo da década de 1980, em que houve crescimento vertiginoso do número de processos.

O crescimento de processos nos anos 80 não causa estranheza, tendo em vista que o regime autoritário ao qual o Brasil esteve submetido desde 1964 dava sinais de sucumbência. Em 1979, o Presidente Ernesto Geisel anunciou a transição, ainda que lenta e gradual, para o regime democrático. Tal fenômeno, como se observa, impactou diretamente nos processos submetidos ao Supremo Tribunal Federal (COSTA; CARVALHO; FARIAS, 2016, p. 168 – 169):

Figura 2 – Evolução da relação entre processos julgados e acórdãos publicados

GRÁFICO 3 – EVOLUÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE PROCESSOS JULGADOS E ACÓRDÃOS PUBLICADOS

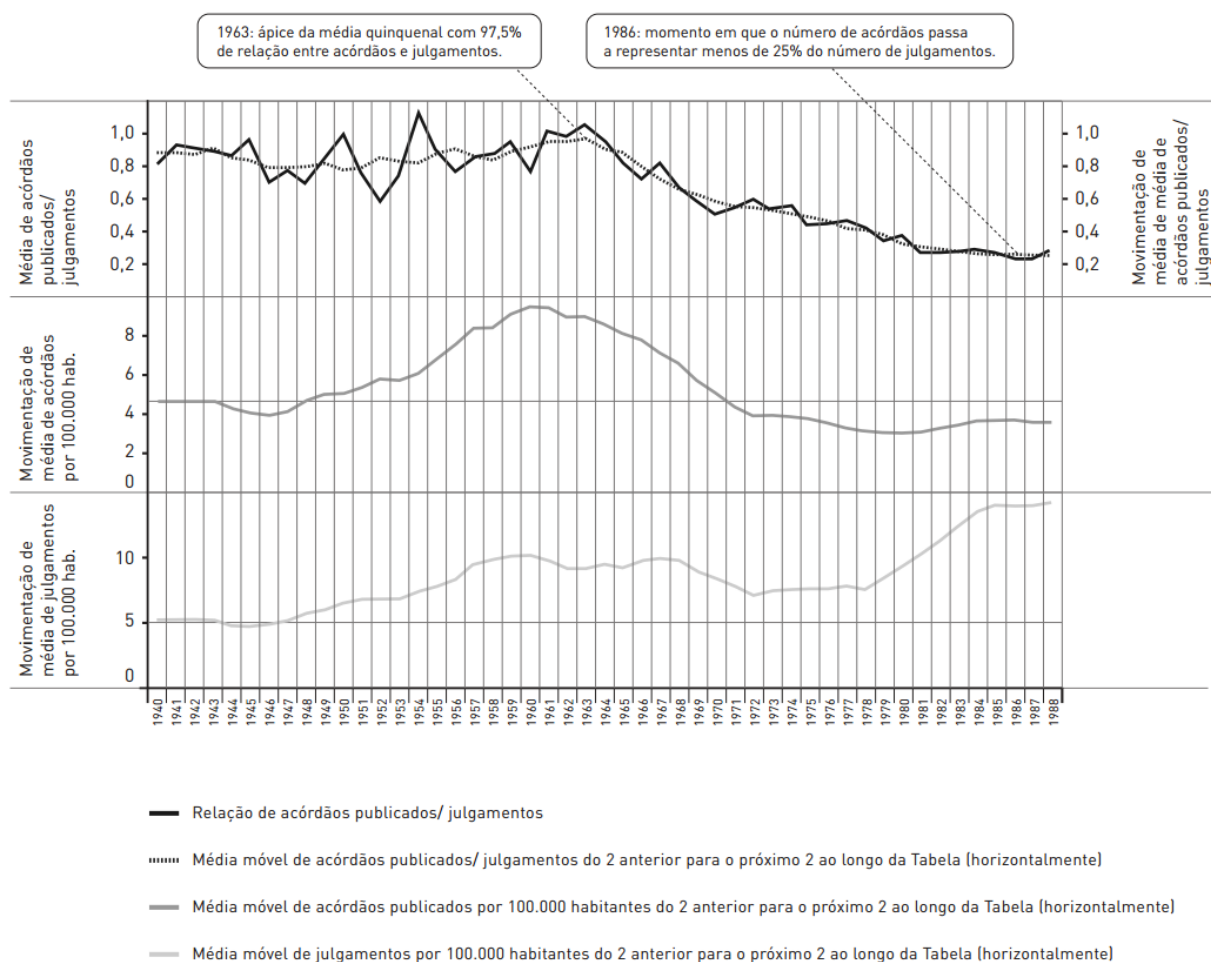
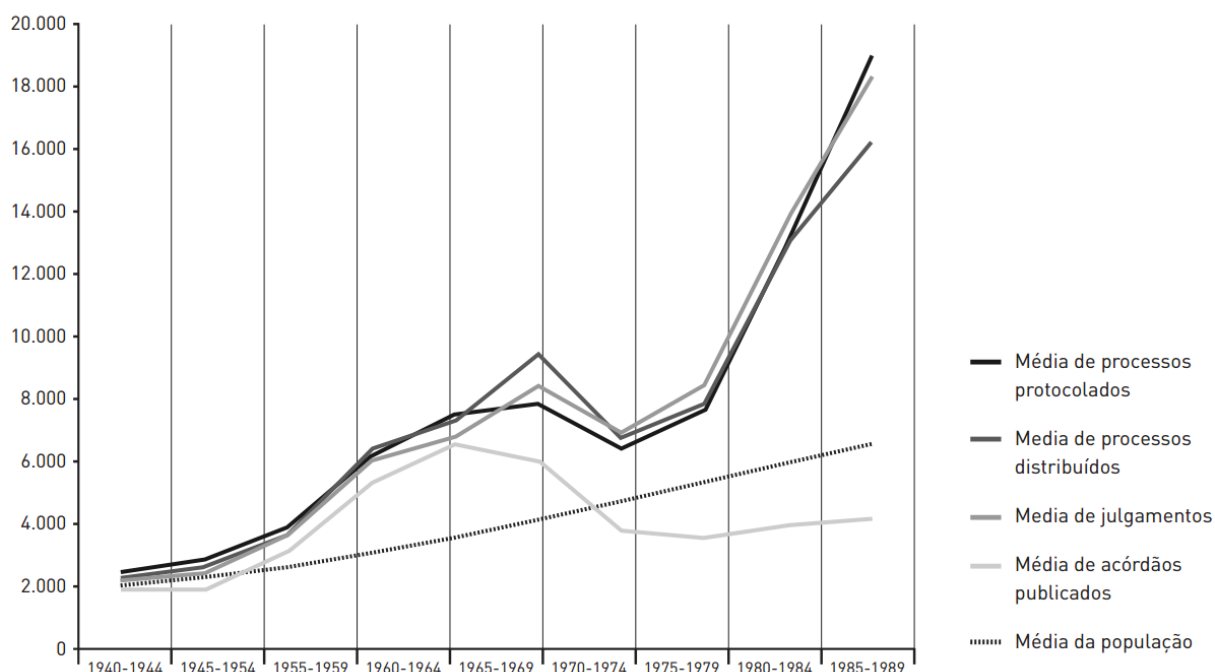


Figura 3 – Evolução dos Processos do STF entre 1940 – 1989 (médias quinquenais)

GRÁFICO 4 – EVOLUÇÃO DOS PROCESSOS DO STF ENTRE 1940-1989 (MÉDIAS QUINQUENAIS)



2.2 CONSTITUINTE

A subcomissão para o Judiciário e o Ministério Público da Assembleia Nacional Constituinte (ANC) preocupou-se bastante com a configuração do Supremo Tribunal Federal na nova ordem constitucional. As discussões sobre o STF pautaram-se em dois eixos: a sobrecarga de processos e o papel do Tribunal como órgão uniformizador dos entendimentos com relação às leis federais e à Constituição (COSTA; CARVALHO; FARIAS, 2016). Vale ressaltar que o anteprojeto da Comissão Afonso Arinos¹⁴, fruto de sugestão dos ministros do STF, mantinha a organização, as competências do Tribunal e os controles difuso e concentrado de constitucionalidade sem ampliar o número de legitimados para provocar diretamente a Corte, mas não foi acatado pela subcomissão.

¹⁴ A Comissão Afonso Arinos – assim conhecida em virtude do nome de seu Presidente, o jurista Afonso Arinos de Melo Franco –, ou Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, foi criada pelo Executivo em setembro de 1986, com o objetivo de elaborar um anteprojeto da Constituição. Oficialmente, no entanto, o projeto nunca foi enviado ao Congresso Nacional.

Costa et al (2016) afirmam que seria razoável esperar uma discussão acerca dos efeitos da introdução da representação de inconstitucionalidade pela EC 16/1965, tendo em vista o número bruto de processos e julgamentos bastante superior ao da época da introdução do controle concentrado de constitucionalidade. Curiosamente, tal debate não ocorreu e, mais, houve um aumento no rol dos legitimados à propositura de questionamento direto ao Tribunal sobre a constitucionalidade de leis ou atos normativos – ainda que esse rol devesse abarcar a sociedade civil em maior amplitude – à revelia da vontade dos Ministros do STF.

Como já demonstrado, no entanto, o aumento de processos não deriva da implementação do controle de constitucionalidade concentrado, tendo em vista que o número de acórdãos decaiu. Observa-se, portanto, um reforço no padrão de seletividade de causas a serem julgadas no Tribunal.

2.3 CONSTITUIÇÃO DE 1988 E ALTERAÇÕES POSTERIORES

A Constituição Federal de 1988 inovou, como já dito, ao aumentar o rol de legitimados a oficiar diretamente ao Supremo Tribunal em dois institutos processuais de constitucionalidade de leis e atos normativos: a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

A ADI, como o próprio nome diz, tem por objetivo declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo que desrespeite as normas constitucionais, ou seja, seu objetivo é retirar do ordenamento jurídico qualquer ato normativo ou legislativo incompatível com a Constituição Federal. Já a ADPF, por sua vez, é ação constitucional subsidiária que combate violação a preceito fundamental. Vale ressaltar que o texto constitucional é silente quanto ao rol dos preceitos fundamentais e que cabe hoje ao STF, no caso concreto, o entendimento do que é ou não preceito fundamental no juízo de admissibilidade da ação.

Em 1993, a Emenda Constitucional nº 3 introduziu no rol das ações constitucionais de constitucionalidade a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), cujo elemento teórico baseou-se na “(...) ideia de coerência lógica do ordenamento jurídico brasileiro e de necessidade de conferir segurança jurídica ao sistema de controle de constitucionalidade em função das decisões judiciais conflitantes entre os mecanismos difuso e concentrado” (COSTA; CARVALHO; FARIAS, 2016; p. 173). Os autores afirmam, ainda, que esta é a base para a construção do efeito vinculante no Brasil e também para a aprovação da Lei nº 9.868/1999, que disciplinou o processo e o julgamento das ações diretas, estendendo, ainda, o efeito vinculante à “interpretação conforme a Constituição”.

O instituto da interpretação conforme a Constituição é alvo de críticas, tendo em vista a fluidez de seus limites, construídos pela doutrina e pela jurisprudência, e a desvinculação da literalidade da redação aprovada pelo Poder Legislativo à interpretação dos magistrados. A sua constitucionalidade foi reconhecida pelo Plenário do STF na Reclamação 1880, Agravo Regimental - QO 2002. Costa et al (2016, p. 176) afirmam que, como em outros casos, o Supremo avançou em uma seara eminentemente política a pretexto de uma discussão técnica. Para os autores, a decisão supramencionada

(...) põe em xeque duas premissas do constitucionalismo, fundamentais à própria sustentação do controle de constitucionalidade: 1) a separação de poderes, quando em risco a distinção da função da Corte em relação à do legislador, colocando-os sob parâmetros de concorrência na definição da escolha do próprio texto legal (HABERMAS, 2012, p. 324); 2) a imparcialidade judicial, conduzida ao paradoxo de que, mesmo vinculada ao dogma de não legislar em causa própria, a Corte passa a deliberar sobre as condições institucionais do exercício da própria função (VERMEULE, 2012, p. 396). (COSTA; CARVALHO; FARIAS, 2016, p. 176)

As estatísticas mostram que as mudanças trazidas pela EC 3/93 não influenciaram nos padrões de julgamento da Corte. Conforme Costa et al (2016), entre 1997 e 2002, a quantidade de processo ajuizados por ano salta de 30 para 100 mil, mas o Tribunal conseguiu aumentar também o número de julgamentos, não havendo discrepância entre o número de processos distribuídos e o de processos julgados. Houve também a fixação de um padrão no número de acórdãos publicados, que corresponde a 10% dos processos julgados. Continuou, assim, a grande prevalência das decisões monocráticas.

A última alteração no texto constitucional com grande impacto para o STF foi a Emenda Constitucional nº 45/2004 (EC nº 45/2004), que trouxe importante mudança no sistema de justiça brasileiro. Baseada em um modelo de reforma do sistema legal proposto pelo Banco Mundial para toda a América Latina, as disposições da emenda visavam, fundamentalmente, segurança e certeza no julgamento de ações.

Com relação ao STF, dois institutos trazidos pela EC nº 45/2004 merecem maior atenção: a repercussão geral e a súmula vinculante¹⁵. A repercussão geral corresponde à exigência de que a questão constitucional trazida em sede recurso extraordinário seja relevante

¹⁵ Em clara movimentação do direito brasileiro em direção à doutrina do *stare decisis*.

do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico e que não diga respeito apenas às partes envolvidas.

A repercussão geral é suscitada pelo relator e somente pode ser recusada com a manifestação de dois terços (oito votos) dos ministros – as abstenções são contadas a favor do reconhecimento. Daí, processos em todas as instâncias cuja matéria sejam temas com repercussão geral reconhecidos ficam sobrestados até a decisão do STF. A tese vencedora deve ser replicada por todos os tribunais.

A súmula vinculante, por sua vez, corresponde a enunciado que tem efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta nas esferas federal, estadual e municipal. Regulamentada pela Lei nº 11.417/2006, o enunciado é proposto após reiteradas decisões sobre matéria constitucional e seu conteúdo:

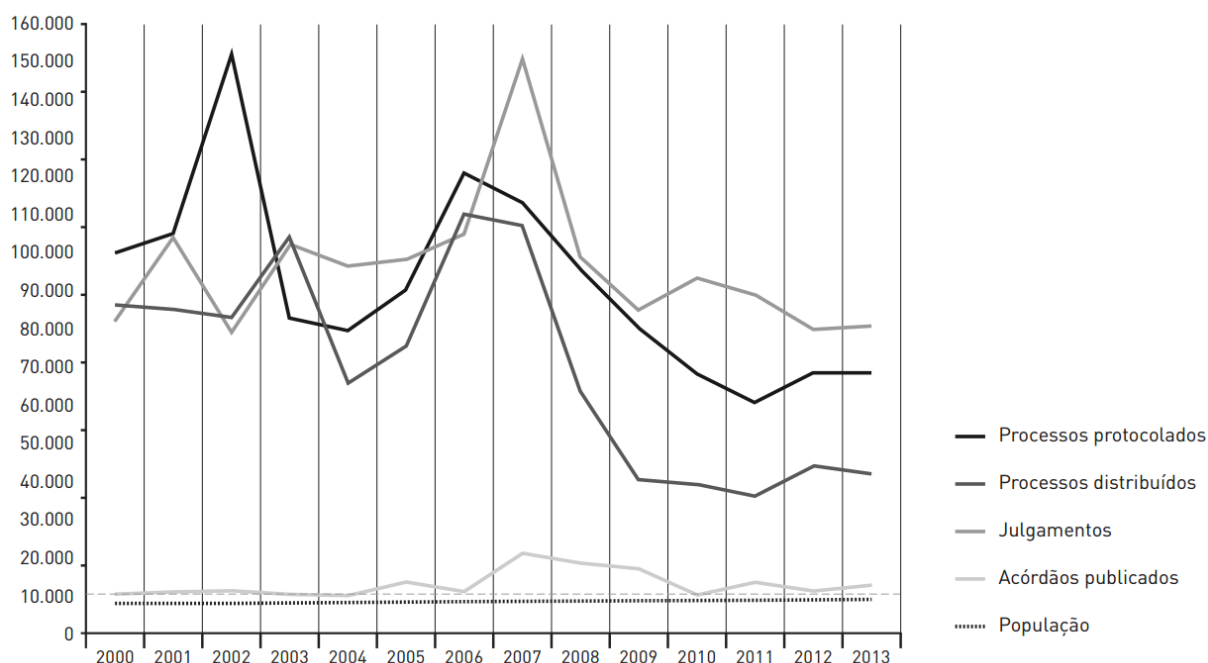
Art. 2º (...)

§ 1º (...) terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciais ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

Ainda de acordo com a referida lei, a edição, a revisão e o cancelamento de súmula vinculante será viabilizada por dois terços (oito votos) dos membros do STF, em sessão plenária e, como legitimados, além daqueles que podem propor ADI, ADC e ADPF, figuram: a) o Defensor Público-Geral da União; b) os Tribunais Superiores; c) os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios; d) os Tribunais Regionais Federais; e) os Tribunais Regionais do Trabalho; f) os Tribunais Regionais Eleitorais; g) os Tribunais Militares. Os municípios também têm legitimidade para proposição nos processos em que sejam parte, não tendo a proposição, porém, efeito suspensivo.

Assim, a partir de 2007, observa-se grande mudança no padrão de julgamentos do STF com um aumento dos processos ajuizados que não são distribuídos. Além disso, percebeu-se aumento no número de julgamentos em relação às distribuições, o que significa que o estoque de processos aguardando julgamento diminuiu. Não obstante, o número de acórdãos manteve-se estabilizado entre 10 e 15 mil por ano. Conforme Costa et al (2016, p. 178):

Figura 4 – Evolução dos Processos do STF entre 2000 e 2013

GRÁFICO 6 – EVOLUÇÃO DOS PROCESSOS DO STF ENTRE 2000 E 2013

Dessa forma, tal como se concretizou no Brasil, a reforma implicou maior concentração do controle de constitucionalidade e reforçou a seletividade das ações a serem apreciadas pela Corte, com a instituição da repercussão geral e da súmula vinculante. O que se percebe, conforme reforçam Costa et al (2016) é que

Ao longo dos cinquenta últimos anos, variadas mudanças constitucionais, legislativas e jurisprudenciais alteraram as estruturas formais do controle de constitucionalidade. Quase sempre, foram movidas pelo discurso de que era preciso enfrentar a crise decorrente da sobrecarga no Poder Judiciário, uma vez que havia um número de ações e recursos superior a sua capacidade de processamento. Tais alterações foram implementadas em nome da garantia de eficiência e racionalização, sendo que as estratégias voltadas a evitar o “estrangulamento da máquina judiciária” (voto min. Sepúlveda Pertence, STF, ADC 1 QO, 1993) envolveram recorrentemente uma combinação de concentração e de seletividade. Concentração no sentido de que as mudanças legislativas e jurisprudenciais desde 1965 atribuíram ao STF poderes cada vez mais amplos, de modo que menos decisões pudessem solucionar mais processos. E seletividade no sentido

de que foram criadas várias possibilidades para limitar o acesso ao controle de constitucionalidade, permitindo assim uma redução nos processos cujo mérito deveria ser apreciado pelo Tribunal (2016, p. 156)

Os dados estatísticos apontam que a evolução da carga de trabalho do STF ao longo dos anos é mais um instrumento de retórica argumentativa do que de argumentos calcados na realidade. O que se observa, hoje, é que as medidas que causaram maior impacto no funcionamento do STF não foram aquelas decorrentes das Emendas Constitucionais, mas as modificações legais e regimentais que aumentaram o poder dos relatores (COSTA; CARVALHO; FARIAS, 2016, p. 180). Nesse contexto,

Tanto as modificações realizadas ainda no regime militar, como a representação de inconstitucionalidade, quanto as alterações posteriores à Constituição de 1988, como a EC 3/1993, que inseriu a ADC e o efeito vinculante, a Lei n. 9.868/1999, que normatizou a interpretação conforme, e, por último, a EC 45/2004, que trouxe a repercussão geral e as súmulas vinculantes, estiveram apoiadas no mesmo discurso: o ganho de eficiência no sistema de controle, prestando-se em última instância à centralização da interpretação constitucional no âmbito do STF, o que não deixou de produzir consigo uma significativa perda para a democratização do acesso à justiça, no seu sentido qualitativo e não quantitativo (COSTA; CARVALHO; FARIAS, 2016, p. 181).

Assim, os poderes que foram dados pela Constituição são fatores importantes para entendermos a proeminência do STF na esfera política, todavia, são insuficientes para explicá-la. Nesse sentido, a análise da atuação individual dos ministros torna-se fundamental para a compreensão do jogo da democracia brasileira contemporânea.

2.4 PROCESSO DE ESCOLHA DOS MEMBROS E DELIBERAÇÃO

Conforme visto no Capítulo 1, os membros da Suprema Corte dos Estados Unidos são indicados pelo Presidente da República para aprovação por maioria simples no Senado. O Tribunal toma por prática a deliberação externa e adota o modelo *seriatim* para suas decisões.

Ainda que no Brasil haja maior dispersão no espectro político, de acordo com a Constituição de 1988, a escolha dos membros dá-se por indicação do Presidente da República e sabatina do Senado Federal dentre cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Ressalte-se que, nos últimos trinta anos, poucos partidos¹⁶ tornaram-se proeminentes na política brasileira. Além disso, a prática deliberativa do STF é externa e pública e a divulgação das decisões utiliza o modelo *seriatim*.

Vale ressaltar que a produção acadêmica jurídica e de ciência política mundial sobre processo decisório de cortes constitucionais consideram o tribunal como ator coletivo, no qual os ministros importam apenas como um voto. A posição individual do ministro será considerada se for relevante para a formação da maioria. Novamente, o caso brasileiro traz complicações para esse arranjo teórico: a atuação de um único ministro pode ser suficiente para causar grandes impactos no processo político-democrático. Conforme Arguelhes e Ribeiro (2018, p. 29)

A alocação individual descentralizada de poderes de definição de agenda é suficiente para impedir um tribunal de agir contra maiorias legislativas eventuais mesmo quando haveria, naquele momento, uma composição com maioria interna para realizar *judicial review*. Tomando por base as preferências majoritárias do tribunal, teríamos um “falso negativo” no exercício do poder judicial. De outro lado, quando a ação de um único ministro é suficiente para impedir maiorias legislativas eventuais de aprovar mudanças no status quo — seja diretamente, no caso de “*judicial review* individual” pelo relator, seja indiretamente por meio de ameaças e sinalizações na imprensa — teríamos um “falso positivo” no exercício do poder judicial. Isto é, controle de constitucionalidade sem uma maioria de votos dos membros do tribunal. Esse cenário pode ser considerado particularmente problemático em termos da teoria constitucional e da teoria democrática convencionais, já que a atuação judicial seria aqui duplamente contramajoritária — contra a maioria legislativa externa e contra a maioria judicial interna (Arguelhes; Ribeiro, 2015; Arguelhes; Ribeiro, no prelo).

Além disso, cabe ressaltar o perigo de captura de ação dos ministros por grupos de interesse. Para Arguelhes e Ribeiro (2018, p. 30), “a alocação individual descentralizada de poderes, característica do STF, torna os ministros alvos mais fáceis e mais vantajosos: qualquer

¹⁶ Destaque para o Partido dos Trabalhadores (PT), Partido da Social-Democracia Brasileira (PSDB) e Movimento Democrático Brasileiro (MDB).

ministro sozinho tem em suas mãos o poder de veto, e o relator é suficiente tanto para o veto quanto, com frequência, para o próprio exercício de controle de constitucionalidade.”

Para Ferejohn e Pasquino (2004), a experiência dos EUA mostra que a Suprema Corte é mais uma instância política entre republicanos e democratas e a publicação do dissenso e das divergências tem seu papel na democracia e é característica dos EUA. No entanto, entendem que é vantajoso para a estabilidade institucional que o Tribunal adote práticas gerais de maior deliberação interna e de busca de consenso, mais adequadas à democracia. Não obstante, creditam o sucesso do consenso europeu ao processo de escolha dos membros, já que, como, em regra, passam pelo crivo da supermaioria e há mandato definido, os juízes estão mais dispostos à acomodação. Diante do exposto, pensamos que a análise dos autores se aplica ainda mais à realidade brasileira.

Vale ressaltar, nesse contexto, a posição de Benvindo (2016). O autor observa que, no Brasil, há uma pressuposição exagerada de que não pode haver embate entre os poderes sob o risco de se colocar em xeque todos os avanços democráticos obtidos com o fim do regime militar. Assim, a aura de harmonia e de independência entre os Poderes exarada na Constituição Federal seriam os fatores que manteriam a estabilidade das instituições, sendo o conflito algo prejudicial à democracia. Porém, tal construção soa ingênua, já que se desconsideram os jogos de poder inerentes às altas esferas e, até mesmo, à própria democracia constitucional:

[O diálogo constitucional] se deve não a uma ingenuidade de crença de que cada um dos Poderes tem atribuições claramente definidas – como se o Judiciário meramente aplicasse o Direito, o Legislativo criasse o Direito e o Executivo executasse o Direito e as políticas públicas – e, portanto, facilmente dialogáveis entre si. O diálogo constitucional, assim como ele o denomina, está, na verdade, na compreensão de que o constitucionalismo democrático é marcado por uma ampla interação entre os diferentes Poderes e, sobretudo, pelo reconhecimento do caráter nitidamente político de todos eles, respeitando-se, naturalmente, suas diversidades nesse aspecto (FISHER, 1988). Assim, por exemplo, é altamente falacioso acreditar que o Judiciário é meramente um Poder técnico e, desse modo, alheio à política, aos jogos de poder, como se o âmbito do Direito discutido pelos tribunais fosse o local da sabedoria, da dignidade interpretativa, da racionalidade, enquanto o da política seria um mundo sombrio, imprevisível, caótico e irracional. Do mesmo modo, a partir de exemplos vários, fica nítido o quanto as influências

do ambiente social, dos *lobbys*, dos demais Poderes transformam a própria compreensão do que normalmente se associa à atividade judicante, que avança cada vez mais para um propósito de criação do Direito em abstrato e também de estabelecimento de políticas públicas, em decisões que o aproximam das funções típicas dos demais Poderes. (BENVINDO, 2016, p. 73)

CAPÍTULO 3 – A ATUAÇÃO INDIVIDUAL DOS MINISTROS

Como já visto na primeira parte deste trabalho, a expansão da autoridade dos tribunais constitucionais ao redor do mundo é um fator presente no processo democrático contemporâneo. No Brasil, no entanto, em face da progressiva concentração de poderes no Supremo, sua participação no processo político é muito mais acentuada, tendo em vista a amplitude de casos que se tornam objeto de questionamento constitucional (VIEIRA, 2008).

Para o autor

embora o Supremo tenha desempenhado posição relevante nos regimes constitucionais anteriores, com momentos de enorme fertilidade jurisprudencial e proeminência política, como na Primeira República, ou ainda de grande coragem moral, como no início do período militar, não há como comparar a atual proeminência do Tribunal, com a sua atuação passada (VIEIRA, 2008, p. 442)

Ao Supremo Tribunal Federal foram atribuídas competências na Constituição de 1988 que, em outras democracias, dividem-se em diversas instituições. Pela conformação dos controles difuso e concentrado de constitucionalidade, o STF assume a função de tribunal constitucional e de tribunal de apelação ou de última instância judicial, além de funcionar como foro especializado, no qual a ele cabe julgar e processar, originariamente, questões criminais e políticas (VIEIRA, 2008, p. 447).

A esse fenômeno, Vieira (2008) chamou “Supremocracia”, que engloba dois sentidos. O primeiro diz respeito à autoridade recentemente adquirida com a adoção da súmula vinculante pela Emenda Constitucional nº 45/2004, já que juízes e tribunais das demais instâncias devem acatar as decisões do Tribunal. O segundo sentido se refere à expansão da autoridade do STF em detrimento dos demais poderes (VIEIRA, 2008, p. 445).

Em uma visão eminentemente procedimentalista¹⁷, o autor afirma que o STF transcendeu a posição de Poder Moderador¹⁸ como árbitro de grandes conflitos institucionais e, com a Constituição de 1988, tem sido também “responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgão representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias” (VIEIRA, 2008, p. 445).

Com relação ao segundo sentido, para nós, no entanto, o verdadeiro problema vai além da mera concentração de poderes no STF, bem como do seu papel cada vez mais proeminente

¹⁷ Eixo teórico de autores como Antoine Garapon e Jurgen Habermas, citado no primeiro capítulo.

¹⁸ Segundo Alfred Stepan (1975), papel até então exercido em nossa história republicana pelas Forças Armadas, mais precisamente pelo Exército.

na política, mas se firma, como se viu, na tônica do aprofundamento do exercício do poder individual dos Ministros. E os últimos anos, por sua vez, tem demonstrado um aspecto diferente do problema: as decisões individuais sem participação relevante do Plenário ou até mesmo contra ele (ARGUELHES; RIBEIRO; 2018). Tais condutas, sim, têm trazido consequências muito relevantes para a ordem constitucional e democrática.

A crise política instaurada após a eleição de Dilma Rousseff para a Presidência da República em 2014 mostrou como a política nacional foi determinada, em boa medida, por ações judiciais que não passaram pelo colegiado do Supremo. O episódio deixou evidente que os Ministros têm recursos para evitar ou mesmo ignorar o Plenário (FALCÃO; ARGUELHES, PEREIRA, 2017).

As liminares monocráticas são a face mais explícita do problema, mas os pedidos de vista, o controle de agenda, votos completamente diversos e públicos e, até mesmo, declarações públicas de Ministros demonstram que há um fenômeno maior a ser explorado quando se estuda o processo decisório do STF e os impactos de suas decisões para o processo democrático brasileiro (ARGUELHES; RIBEIRO; 2018).

Mendes (2017) vai além e afirma, categoricamente, que um único magistrado pode, sozinho, manipular a pauta do país, por meio destes mecanismos. Não obstante, o autor afirma que a Corte, hoje, multiplica incertezas e acirra conflitos, em vez de exercer o supramencionado poder moderador. Assim,

A síntese do desgoverno procedimental do STF está em duas regras não escritas: quando um não quer, 11 não decidem; quando um quer, decide sozinho e sujeita o tribunal ao seu juízo de oportunidade. Praticam obstrução passiva no primeiro caso, e obstrução ativa no segundo. (MENDES, 2017)

Portanto, para entender a atuação e o papel do STF no arranjo democrático brasileiro, devemos ultrapassar a visão da literatura clássica, que toma por unidade de análise o Tribunal como instituição e suas decisões como coletivas, e analisar a ação individual dos Ministros para uma compreensão plena do tema.

3.1 DEFINIÇÃO DE AGENDA E PEDIDOS DE VISTA

Conforme visto na primeira parte deste trabalho, a superação do modelo formal de separação dos poderes nas democracias contemporâneas faz com que a ação de um dos atores do processo decisório influencie o cálculo político dos outros. Nesse sentido, Arguelhes e Ribeiro (2018) afirmam que, no caso da Corte Constitucional, para além da simples ameaça de

uma decisão judicial formal, que interfere no comportamento de atores fora do Tribunal, há que se levar em consideração o poder de sinalização, no qual se fornece informações sobre decisões futuras, já que a ação “afetará, indiretamente, o *status quo* legislativo e o comportamento dos atores políticos” (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 17). Trata-se, aqui, do poder de definição de agenda.

O definir a agenda envolve, ainda, o *timing* e o prazo de julgamento. Conforme Arguelhes e Ribeiro (2018), a discussão acadêmica mundial firma-se nos mecanismos formais de escolha dos tribunais sobre a pauta de julgamento. Porém, para os autores, o que mais afeta a liberdade do tribunal é se ele está vinculado a um prazo para decidir ou pelo menos, para decidir se decide, como no caso da Suprema Corte dos Estados Unidos, já que isso pode acarretar, até mesmo, anos de silêncio do Tribunal (op. cit, p. 18).

Assim, a forma com que o Tribunal decide pode afetar o resultado de, ao menos, três maneiras (não excludentes):

1. alterando o contexto político de tomada de decisão;
2. interagindo com os mecanismos de indicação para o tribunal, fazendo com que uma composição diferente (possivelmente com preferências diferentes) venha a decidir a questão;
3. por meio do simples silêncio judicial, produzindo fatos consumados e aumentando assim os custos de uma decisão judicial futura que contrarie esses fatos. (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 18)

Os poderes de definição de agenda podem ser alocados de forma coletiva, individual centralizada e individual descentralizada. Alocações coletivas determinam uma decisão majoritária para que algum dos mecanismos da definição de agenda seja deflagrado. A alocação individual centralizada, por sua vez, é uma ação concertada que ocorre em torno de funções de um único juiz, como o presidente da Corte, por exemplo. Já a ação descentralizada diz respeito ao poder de definição de agenda que pode ser decidido por qualquer juiz (ARGUELHES, RIBEIRO, 2018, p. 19). No STF,

os poderes de agenda estão fragmentados e distribuídos em níveis individuais distintos. Um caso só pode ser de fato julgado por uma das turmas ou levado para o plenário para decisão após o relator ter liberado o caso para julgamento e o presidente do tribunal ter incluído o caso em pauta; dentre esses dois mecanismos, o primeiro expressa um poder individual descentralizado na figura institucional do presidente” (ARGUELHES, RIBEIRO, 2018, p. 20).

Nesse sentido, há que se ressaltar o poder do Relator na definição da agenda. Silva (2015, p. 189) em trabalho baseado em entrevistas com Ministros do STF, transcreve a fala de um dos membros entrevistados para corroborar o papel crucial do responsável por pautar os processos¹⁹:

O relator administra a tese que ele tem sob julgamento com o tempo. Se ele for uma pessoa de visão tática, aí é uma questão não estritamente técnico-jurídica, mas que faz parte da formação do ser humano e também de quem chegou à Suprema Corte, de saber o seguinte: “olha esse não é o momento de eu levar tal tema”. [...] Eu, por exemplo, eu não me surpreendi que o ministro Marco Aurélio não tenha trazido a anencefalia antes da aposentadoria do ministro Eros Grau.

Outro ministro – aposentado – vai além e relaciona a relatoria com a deliberação:

O relator tem um papel quase absoluto quanto à agenda, porque o processo só vai a julgamento a partir do momento em que ele resolva levar o processo a julgamento. [...] Esse é um poder grande de supressão da discussão (SILVA, 2015, p. 190).

A sinceridade do ex-membro do STF demonstra o que tem se observado na prática: a impossibilidade de se determinar em quanto tempo – ou mesmo se – uma decisão será tomada pela Corte Constitucional brasileira. Corroborando a fala do Ministro, Mendes (2017) afirma que

a loteria de agenda, somada ao seu oceano de caos, prejudica a construção de uma esfera pública constitucional, de um espaço em que debates democráticos possam se desenvolver, que atores interessados possam mobilizar energia e recursos para participar. Esperam apenas que seus argumentos sejam respondidos e uma decisão seja tomada em tempo publicamente justificado.

Além disso, agrega-se ao debate a questão do procedimento do Relator para apresentar o relatório e seu voto aos colegas: o escolhido para relatar a questão que será submetida ao Plenário envia, antes da sessão de leitura, um resumo de seu relatório aos colegas, porém não apresenta sua posição sobre o caso. Dessa forma, os outros Ministros desconhecem qual será o voto do Relator ao elaborar o próprio.

¹⁹ Em sua pesquisa, para manter o anonimato, o autor identifica os Ministros por letras, sendo A a I a designação para Ministros no exercício da função no momento da entrevista e N a U para Ministros aposentados.

Esse costume brasileiro, para Silva (2013, p. 570), é extremamente prejudicial ao debate democrático:

This fact alone could be considered extremely anti-deliberative, since the other justices cannot prepare themselves for a debate if they do not even know the opinion of the rapporteur. But this is not all. As previously mentioned, the plenary session means "opinion reading session" rather than "deliberation session". This means that all eleven opinions usually have already been written when the session begins. In other words: the other ten justices write their opinions without knowing the rapporteur's (or any other colleague's) opinion. The results and outcome could not be more at odds with deliberation: the individual justices share neither their votes nor opinions in a dialogue with each other, nor is there direct confronting of arguments. At the most, justices may strengthen or reject the arguments of those bringing the case before the court or the arguments of those public officials responsible for defending the constitutionality of the statute (as these arguments were already public), but they can hardly strengthen or reject, at least directly, the arguments of the justice rapporteur or the arguments of the other justices, since they do not know and cannot access these arguments at the time they write their opinions.

Há que se acrescentar um poder de veto sobre a agenda: o pedido de vista. Idealmente, sua função é a de estudos dos autos do processo pelo ministro requerente, tendo em vista que, em virtude da grande quantidade de processos que tramitam no STF, é comum que os ministros tomem conhecimento da demanda apenas quando o relator apresenta o caso e expõe seu voto.

O artigo 134 do Regimento Interno do STF estabelece que o tempo oficial para vista é de duas sessões ordinárias. Caso o Ministro não devolva o processo para julgamento, não há qualquer instrumento institucional para tanto. Senão, vejamos:

Art. 134. Se algum dos Ministros pedir vista dos autos, deverá apresentá-los, para prosseguimento da votação, até a segunda sessão ordinária subsequente.

Vale ressaltar que duas resoluções foram emitidas com o objetivo de disciplinar o uso do instrumento. A primeira é a Resolução 278/2003, assinada pelo Ministro Maurício Corrêa, presidente da corte à época:

Art. 1º O Ministro que pedir vista dos autos devera devolvê-los no prazo de 10 (dez) dias, contados da data que os receber em seu Gabinete. O julgamento prosseguirá na segunda sessão ordinária que se seguir a devolução, independentemente da publicação em nova pauta.

§ 1º Não devolvidos os autos no termo fixado no caput, fica o pedido de vista prorrogado automaticamente por 10 (dez) dias, findos os quais o Presidente do Tribunal ou da Turma consultará, na sessão seguinte, o Ministro, que poderá, justificadamente, renovar o pedido de vista.

§ 2º Esgotado o prazo da prorrogação, o Presidente do Tribunal ou da Turma requisitará os autos e reabrirá o julgamento do feito na segunda sessão ordinária subsequente, com publicação em pauta.

Assim, o pedido de vista tinha duração de 10 (dez) dias, renováveis automaticamente e, na sessão subsequente ao final desse prazo de 20 (vinte) dias, a pedido do magistrado, o pedido de vista poderia ser renovado por mais 10 dias. Após, o Presidente da sessão colegiada requisitaria os autos e reabriria o julgamento. A Ministra Ellen Gracie, na qualidade de Presidente, por meio da Resolução 322/2006, revogou a parte final da redação do § 1º e o § 2º da supracitada norma e, dessa forma, os presidentes do tribunal ou das turmas não mais tinham o poder regimental de requerer aos Ministros os autos que excediam o prazo do pedido de vista, o que na prática já ocorria (PEREIRA, 2010).

Arguelhes e Ribeiro (2015) mostram os dados tabulados do projeto Supremo em Números (FALCÃO; HARTMANN; CHAVES, 2014) onde de outubro de 1998 a dezembro de 2013, houve 2987 pedidos de vista relativos a 2226 processos. Dentre os devolvidos, a duração média foi de 349 dias, sendo que 20% respeitaram o prazo regimental. 124 processos não haviam sido devolvidos até o final do ano de 2013, sendo que somente apenas 5,3% estavam dentro do prazo e a média já alcançava 1095 dias. Nos dois grupos, há processos que ficaram em vista por quase uma década.

Nesse sentido, as estatísticas mostram que a média de prazo dos pedidos de vista é superior a 1 (um) ano, com alguns chegando a ficar na posse dos ministros por mais de uma década (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 20). Como não há qualquer ferramenta institucional de controle, o uso do mecanismo por parte dos ministros torna-se completamente discricionário.

Rodrigues (2018) afirma que os pedidos de vista estariam sendo usados por motivos estratégicos ou políticos e não por motivações técnicas. O uso estratégico diz respeito a disputas doutrinárias no Tribunal, onde o Ministro retira o processo de julgamento a fim de retomá-lo

quando haja ambiente mais favorável à sua posição doutrinária. Já o uso político diz respeito à possibilidade de controlar temporalmente a decisão, influenciando no debate público e no processo decisório nacional.

Silva (2013, p. 572) considera o pedido de vista um instrumento extremamente anti-deliberativo e acrescenta que a prática gera desconfiança entre os pares, uma vez que demonstra que a reflexão feita isoladamente será mais qualificada do aquela feita a partir do debate com os colegas, impactando a racionalidade das decisões colegiadas:

Another internal procedural rule that illustrates how anti-deliberative the entire decision-making process is, consists of the possibility, granted to any justice, of interrupting the plenary session if she needs more time to reflect upon some issue of a given case. This rule is particularly telling of how the procedure is not designed for true deliberation to occur. When a justice requests the interruption, she is clearly acknowledging that her fellow justices cannot contribute in any way to her reflection upon the case. This is especially the case if the justice requesting an interruption of the plenary session is one of the firsts to vote. If one bears in mind that justices may choose to interrupt the plenary session in almost every important judgment, one can only conclude that the disposition to work as a team, mentioned above as a condition for deliberation, is completely absent.

Vejamos o caso da ADI 1764, ajuizada pelo PT, Partido Democrático dos Trabalhadores (PDT) e Partido Comunista do Brasil (PC do B) em 22 de janeiro de 1998, contra a Lei nº 9.601/1998, que disciplinou o contrato de trabalho por prazo determinado. Na ação, os autores alegaram afronta ao princípio da igualdade – uma vez que a norma em questão trataria desigualmente trabalhadores em situações idênticas – e ofensa ao art. 7º, VI, XIII e XIV da Constituição Federal, além de terem requerido medida cautelar em virtude do *periculum in mora*.

Inicialmente, foi designado como Relator o Ministro Sidney Sanches, aposentado em 26 de abril de 2003, que solicitou a inclusão em pauta da apreciação do requerimento da cautelar em 5 maio de 1998, tendo o julgamento do pedido sido iniciado em 7 de maio. Após voto do Relator, que entendia pelo indeferimento da cautelar, o Ministro Nelson Jobim pediu vista do processo. Jobim aposentou-se em 31 de março de 2006 e sua vaga foi ocupada pela Ministra Carmem Lúcia. Em 12 de agosto de 2010, o processo foi redistribuído para o Ministro Gilmar Mendes na qualidade de Relator e os autos remetidos ao gabinete da Ministra sucessora, em

razão do pedido de voto-vista, nos termos do art. 38, IV, a, c/c art. 134, caput, do Regimento Interno do STF.

Carmem Lúcia devolveu os autos para julgamento da liminar em 14 de abril de 2015 – quase dezessete anos depois do pedido de vista –, o qual constou na pauta de julgamento do Plenário quatro vezes para finalmente ser a liminar indeferida em 11 de abril de 2019²¹, mais de 21 anos depois de sua propositura. Em despacho do dia 12 de abril, o ministro Gilmar Mendes solicitou o apensamento de outras quatro ADIs (1.764, 1.765, 1.768 e 1794) com o mesmo objeto e, tendo em vista que todas as ações estariam instruídas e prontas para julgamento, solicitou à Presidência a inclusão no calendário de julgamento do Plenário para análise do mérito, o que não ocorreu até setembro de 2019.

Além de chamar a atenção pelo decurso do tempo, tal ADI perpassa um tema que tem sido central na agenda dos governos brasileiros: a questão do alcance das reformas, da modernização/flexibilização das relações de trabalho e dos direitos trabalhistas no Brasil.

Desde 1998, o País passou por vários momentos de tensão entre trabalhadores, governos e corporações que culminaram nas grandes alterações da Lei nº 13.467/2017 à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Vale ressaltar que a gestão do País iniciada em 2019 tem pretensão de flexibilizar ainda mais a legislação trabalhista e, dessa forma, a inclusão ou não em pauta e o julgamento do mérito de tal ADI têm reflexos diretos na dinâmica do processo decisório do País.

Outro caso interessante para estudo é o da ADI 4650, impetrada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em 5 de setembro de 2011 que questionava a constitucionalidade de dispositivos das Leis nº 9.096/95 e nº 9.504/97 em que pessoas jurídicas poderiam financiar campanhas eleitorais e partidos políticos. Em 11 de dezembro de 2013, o Ministro Luiz Fux apresentou seu relatório favorável ao pleito e iniciou-se a votação, cuja ordem, de acordo com o art. 135 do Regimento Interno do STF, deveria ocorrer do Ministro mais moderno para o mais antigo.

A ordem não foi respeitada, tendo em vista a figura da antecipação de voto, constante do §2º do supramencionado artigo do RISTF. O que chama a atenção é o fato de que essas antecipações ocorreram após a sinalização de que algum ministro iria pedir vista do processo. No primeiro dia de votação, o Ministro Dias Toffoli e o Ministro Joaquim Barbosa anteciparam

²¹ Datas das pautas anteriores: 7/12/2017, 24/05/2018, 08/08/2018 e 15/08/2018.

seu voto com base na previsão de que o Ministro Teori Zavascki pediria vistas (como de fato ocorreu), como se vê a transcrição da fala de Barbosa no acórdão ²²:

Bem, eu fui informado pelo Ministro Teori de que Sua Excelência tem a intenção de pedir vista. O Ministro Toffoli, por sua vez, não poderá comparecer à totalidade da Sessão de amanhã.

Eu vou adiantar o meu voto, porque amanhã, como já avisado, não estarei aqui no início da Sessão. E também porque eu acredito que este tema é de extrema importância e deveria ser resolvido pela Corte ainda este ano.

O Tribunal é novamente chamado a examinar o problema da regulação e da tentativa de redução, à medida do inevitável, do poder econômico nas eleições (2015, p. 37).

Toffoli e Barbosa acompanharam o relator no mérito, divergindo quanto à modulação dos efeitos. Luís Roberto Barroso votou pela procedência na sessão seguinte, antes do pedido de vista de Zavascki, que pugnou pela improcedência da ADI em 2 de abril de 2014. Na sessão deste dia, o Ministro Gilmar Mendes pediu vista do processo e, então, os ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski anteciparam seus votos favoráveis à procedência do pedido, consolidando, assim, maioria. Ressalte-se que os pedidos de vista e a “manobra” institucional – antecipação dos votos – dos Ministros do STF ocorreram próximos à eleição de 2014, mas seus efeitos não incorreriam naquele pleito em virtude do princípio da anterioridade eleitoral.

O processo foi devolvido em 16 de setembro de 2015, com o voto desfavorável de Gilmar Mendes ao pleito. Na sessão do dia seguinte, Rosa Weber e Carmen Lúcia votaram pela procedência e Celso de Mello em sentido contrário ao do relator. Interessante notar, assim, que o pedido de vista de Gilmar Mendes não teve o condão de proibir o financiamento por pessoas jurídicas a campanhas e partidos políticos nas eleições municipais de 2016.

Dessa forma, para que um processo possa ser julgado pelo Plenário em tempo hábil, é necessário que o relator libere o caso, que o presidente o inclua na pauta e que nenhum ministro peça vista. E, mais: “[a] ausência de prazos vinculantes para o uso desses poderes de agenda os transforma em eficazes mecanismos individuais de interferência no *status quo*, encorajando e viabilizando comportamentos políticos que dependem de manutenção ou alteração desse estado de coisas” (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 21).

²² Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308746530&ext=.pdf>>. Consultado em 13 de outubro de 2019.

3.2 MANIFESTAÇÕES PÚBLICAS

Falcão e Oliveira (2013, p. 435 – 436) afirmam que a relação comunicativa do STF com a sociedade é um processo contínuo e que as mensagens do Supremo decorrem dos múltiplos papéis que ele pode exercer nesta relação como sujeito emissor, a saber:

- 1) Ministro do STF enquanto agente político que produz decisões jurisdicionais;
- 2) STF enquanto instituição (em geral o plenário), que toma decisões e envia mensagens diferentes dos votos individuais dos ministros;
- 3) Ministro do STF atuando profissionalmente fora dos autos, com mensagens técnico-interpretativas, doutrinárias e argumentativas em livros, revistas, palestras, conferências etc; e
- 4) Ministro que atua como indivíduo ao expressar opiniões – jurídicas ou não – fora dos autos.

Na qualidade de receptores das mensagens, para fins analíticos, faz-se mister mencionar que os cidadãos também enviam mensagem diferenciadas de acordo com os papéis que exercem (FALCÃO; OLIVEIRA, 2013, p. 437):

- 1) Partes do processo;
- 2) Operadores do direito;
- 3) Beneficiados diretamente pela decisão jurisdicional;
- 4) Eleitores capazes de pressionar os parlamentares;
- 5) Opinião pública.

A esses papéis, somaríamos, como já explicitado nos tópicos anteriores, os atores do processo decisório nacional e os próprios parlamentares.

Com relação aos papéis do STF, os autores afirmam que as mensagens dos dois primeiros tópicos são de conteúdo técnico-jurídico. Portanto, nesta seção específica, o que nos interessa são os dois últimos papéis que consistem em variações mais sutis da definição de agenda, já que, dessa forma, os Ministros demonstram suas posições ou preferências sobre a pauta judicial e sobre o cenário político:

[a] fala de um ministro em uma palestra ou entrevista, oficial ou não, pode ser interpretada como expressão de simpatia por uma determinada posição, encorajando ou desencorajando o ajuizamento de certos tipos de ação e o uso de certos tipos de argumento (Bulla; Aguiar, 2016; “Gilmar Mendes chama Tribunal Superior do Trabalho de ‘laboratório

do pt””, 2017; “Impeachment foi ‘tropeço da democracia’, diz Lewandowski”, 2016). (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 16).

Nesse sentido, ao tratar da transmissão das sessões do STF pela TV Justiça, Silva e Mendes (2009) afirmam que os Ministros utilizam o momento para se dirigir ao público externo, tornando-se “celebridades”, o que seria demasiadamente perigoso. Para Falcão e Oliveira (2013, p. 437), “as mensagens fora dos autos atuam mais no terreno das emoções e das percepções do que da técnica e do entendimento”, e, assim, o comportamento do ministro, incide no “processo de legitimação dos ministros e da própria instituição”. Assim

Reading the opinions not just in public, but also in front of the cameras is clearly a public commitment to a given position. This is a crucial and often neglected variable within this debate. Unlike private commitments, public commitments have a strong effect on an individual's susceptibility to consider changing her opinion and willingness to accept counterarguments. According to several (theoretical and empirical) studies on the psychology of commitments and opinion and attitude changes, deliberation tends to be less sincere when all or even some of the participants have already publicly expressed their opinions. (SILVA, 2013, p. 581-582)

A experiência em Cortes em que a deliberação não é pública reforça esse aspecto. Ferejohn e Pasquino (2004) verificaram que a publicidade das deliberações estimula o dissenso e o enfrentamento. De acordo com Silva (2013, p. 582 – 583), a extrema exposição midiática afeta negativamente o debate de argumentos porque os Ministros não querem ser vistos como pessoas que não estão completamente certas dos argumentos que estão utilizando, com a justificativa de tanto angariar legitimidade e passar credibilidade quanto pela própria vaidade, o que acentua o individualismo dos Ministros.

Cumpra mencionar o estabelecido na Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, ou Lei Orgânica da Magistratura (LOMAN), que proíbe manifestações públicas de juízes, sobretudo quanto a casos pendentes de julgamento ou críticas a decisões de outros magistrados:

Art. 36 – É vedado ao magistrado:

(...)

III - manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais,

ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério.

A aplicação da LOMAN aos Ministros do STF, porém, não foi enfrentada no direito brasileiro, uma vez que a discussão dá lugar a quem teria competência para aplicar a sanção da lei por violação de deveres funcionais contra um ministro (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018). Ressalte-se que, em sede de julgamento da ADI nº 3.367-1, o Supremo decidiu que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é um órgão eminentemente administrativo e não tem “nenhuma competência sobre o Supremo Tribunal Federal e seus Ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário Nacional, a que aquele está sujeito.”²³ Assim, essa prática aumenta os poderes individuais de um ministro o STF em relação aos próprios pares e às outras instituições da República (ARGUELHES; RIBEIRO, 2015).

Além disso, ressalta-se a exigência constitucional de reputação ilibada para o bom exercício do cargo de Ministro do STF e, para Falcão e Oliveira (2013, p. 436), essa reputação se consubstancia em atos, fatos e imagens, captadas principalmente pela cobertura da mídia do dia a dia da Corte e se expressa no interesse por seus ministros. Diz respeito, por exemplo, à personalidade individual, sua formação, sua estética, sua vida privada que se torna pública, suas relações sociais, suas preferências intelectuais e políticas – sendo que a atividade política propriamente dita é proibida pela própria Constituição (Falcão, 1998).

Vejamos a situação da PEC nº 33/2011, aprovada em 2013 pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJ) da Câmara dos Deputados, que versava sobre a atuação do Supremo e limitaria seus poderes, notadamente no que se refere ao controle de constitucionalidade. A reação dos Ministros foi imediata, com várias declarações públicas acerca da ofensa à separação dos Poderes e à democracia constitucional. Em uma sinalização clara sobre uma futura decisão, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que

"Não há nenhuma dúvida, ela é inconstitucional do começo ao fim, de Deus ao último constituinte que assinou a Constituição. É evidente que é isso. Eles [CCJ] rasgaram a Constituição. Se um dia essa emenda vier a ser aprovada é melhor que se feche o Supremo Tribunal Federal. É disso que se cuida" (G1, 2013).

²³ Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em 7 set. 2019.

Mas, de acordo com Benvindo (2016, p. 76), foi o Ministro Marco Aurélio quem arrematou a questão com ar de autoridade, com a afirmação do verdadeiro poder da Corte Constitucional:

“Nós temos um sistema em que se verifica o primado do Judiciário. A última palavra não cabe ao setor político, cabe ao Judiciário, o órgão de cúpula, o guarda da Constituição é o Supremo. O que implica essa proposta? O afastamento de uma cláusula pétrea, que é a separação dos Poderes da República. Harmonia e separação dos Poderes da República.” (O ESTADO DE S. PAULO, 2013).

Assim, os dois ministros citados criticaram diretamente a proposta e afirmaram, inclusive, que ela era inconstitucional, demonstrando como se manifestariam se instados a decidir sobre o tema no futuro. A PEC não avançou e foi arquivada 31 de janeiro de 2015, quando do início de nova legislatura. Conforme Arguelhes e Ribeiro (2018, p. 22), “a sinalização dos [...] ministros certamente não é o único fator a explicar esse resultado, mas certamente contribuiu para o cálculo dos políticos quanto à probabilidade, direção e intensidade de uma intervenção futura do Supremo”.

Caso mais grave ocorreu, conforme Mendes (2017), em conversa do Ministro Gilmar Mendes com Joesley Batista, presidente da J&F, *holding* da JBS S/A, no Instituto Brasiliense de Direito Público após uma palestra. Na ocasião, o Supremo julgava a constitucionalidade da contribuição do empregador pessoa física ao Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (Funrural). Foi alegada a suspeição do Ministro, já que sua família é do ramo do agronegócio e, inclusive, vende gado para a empresa de Batista.

Ao empresário, o Ministro se defendeu: “Votei contra os meus próprios interesses econômicos, pois minha família terá de pagar a contribuição atrasada” (MENDES, 2017). Dessa forma, para o autor, Gilmar Mendes admitiu publicamente ter interesse na causa, mas não admitiu ser considerado suspeito.

Vale trazer à baila as manifestações de dois Ministros em um dos momentos mais delicados da histórica democrática contemporânea, o *impeachment* da ex-Presidente Dilma Rousseff em 2016. Por ocasião da cerimônia de assinatura do Pacto de Paris na sede da Organização das Nações Unidas em Nova Iorque/EUA, a Presidente sinalizou que utilizaria seu discurso para reafirmar seus argumentos de defesa e denunciar o processo em curso, que considerava um golpe à democracia, já que não haveria elementos concretos de ilicitude em suas condutas que balizassem o pedido de *impeachment*. O Ministro Celso de Mello criticou publicamente a posição da mandatária:

“Ainda que a senhora presidente da República veja, a partir de uma perspectiva eminentemente pessoal, a existência de um golpe, na verdade, há um grande e gravíssimo equívoco, porque o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal deixaram muito claro que o procedimento destinado a apurar a responsabilidade política da presidente da República respeitou, até o presente momento, todas as fórmulas estabelecidas na Constituição” (METROPOLES, 2016)

O Ministro Gilmar Mendes, grande crítico do governo de Rousseff, ironizou a iniciativa:

“Eu não sou assessor da presidente e não posso aconselhá-la, mas todos nós que temos acompanhado esse complexo procedimento no Brasil podemos avaliar que se trata de procedimentos absolutamente normais, dentro do quadro de institucionalidade” (METROPOLES, 2016)

É interessante notar que ambos os Ministros foram questionados na ocasião sobre a situação do presidente da Câmara dos Deputados da época e responsável por admitir e conduzir o processo na casa, o Deputado Eduardo Cunha – sujeito a processo de cassação de mandato por quebra de decoro parlamentar na Comissão de Ética da Câmara e réu em processo da operação Lava-Jato no Supremo Tribunal Federal, além de inimigo declarado da ex-Presidente –, e ambos declinaram de emitir opiniões. O silêncio, nesse caso, pode ser interpretado como chancela de sua legitimidade para conduzir o processo ou como cautela dos Ministros sobre a delicada situação do parlamentar. O *impeachment* foi votado em 31 de agosto de 2016. O deputado foi cassado em setembro e preso, no âmbito da Lava-Jato, em outubro.

Pereira (2016) afirma, em artigo integrante da obra *Onze Supremos – o Supremo em 2016*, que o STF teve o papel esperado de uma Corte Constitucional em um processo tão delicado como o *impeachment*, colocando imediatamente em pauta a maioria dos questionamentos formais para votação colegiada e deixando para o Congresso Nacional a discussão do mérito, que é eminentemente não uma questão jurídica, mas política. No entanto, as inúmeras declarações públicas dos Ministros, conforme brevemente visto, certamente influenciaram o cálculo político de vários atores envolvidos no processo.

Dessa forma, verifica-se que a prática dos membros do STF de emitirem opiniões e manifestarem-se publicamente sobre a pauta judicial e política, ainda que sutilmente, tem o condão de definir a agenda e pode, até, alterar o curso do ordenamento democrático brasileiro, uma vez que influencia diretamente o comportamento político dos atores tomadores de decisão.

3.3 DECISÕES MONOCRÁTICAS

No direito constitucional comparado, as decisões monocráticas em geral não são vistas como um poder de atuar individual dos juízes das cortes constitucionais por depender de confirmação do colegiado. No entanto, essa leitura não se sustenta, como já visto, no Brasil. O que se observa é que “*The Brazilian Supreme Court is an extremely uncooperative and individualistic court*” (SILVA, 2013, p. 578), com práticas deliberativas ruins. Como já tratado neste trabalho, o modelo brasileiro desestimula a acomodação de interesses e o consenso entre os membros (FEREJOHN; PASQUINO, 2004).

No processo constitucional brasileiro, os relatores podem decidir liminarmente sobre certas questões suspendendo até a aplicação de leis, de atos normativos ou de decisões internas do Congresso Nacional. O Regimento Interno do Supremo dispõe sobre as situações que ensejam a atuação individual dos ministros na qualidade de relatores de processos. As decisões são autorizadas quando (ARGUELHES; RIBEIRO, 2015, p. 138):

- a) refletem a mera reiteração, em caso novo, de entendimentos e interpretações já consolidados na jurisprudência do tribunal;
- b) a petição apresenta problemas processuais que impossibilitam qualquer decisão judicial sobre o mérito;
- c) o Ministro pode até formar seu juízo de forma independente, em caso de urgência, mas deve levar a medida para apreciação posterior do Plenário ou da respectiva Câmara.

Além disso, a Lei nº 9.868/99, que disciplina o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF, dispõe que os relatores podem decidir monocraticamente sobre cautelares no período de recesso do Tribunal em sede de ADI.

Nenhuma dessas ações individuais dos ministros parece suplantam a autoridade do Plenário, mas, na realidade, os Ministros podem fazer uso estratégico dessas ações. Para Arguelhes e Ribeiro (2015, p. 139),

o mecanismo [é] bastante simples: em casos em que não há nada sendo objetivamente decidido, o Ministro faz uso de sua liberdade para construir a fundamentação da decisão como quiser visando (i) anunciar teses jurídicas potencialmente controvertidas e (ii) tratar teses já anunciadas em decisões monocráticas passadas como “jurisprudência” ou “precedente” do STF. Tudo isso sem qualquer tipo de mediação pelo processo decisório colegiado[.]

Mendes (2018) afirma que a decisão monocrática exerce o papel de obstrução ativa quando o Ministro decide liminarmente e não encaminha a decisão para apreciação do Plenário. Tal fragmentação, de acordo com o autor, torna o STF mais vulnerável porque o Tribunal não consegue ser visto como Corte – mas como um punhado de juízes do bem e do mal duelando entre si – e porque está sujeito a ser capturado por um ministro individual. Assim, cita o caso do Ministro Marco Aurélio que

viu no seu poder monocrático, que é exercido por todos os ministros de forma livre, [uma forma de atravessar] o colegiado do STF, uma forma de retaliar o boicote que ele mesmo vem sofrendo. (...). Esse é um excelente exemplo dentre muitos outros recentes de um ministro sozinho querendo conduzir ou empurrar goela abaixo no plenário a sua agenda. Marco Aurélio não é mais responsável ou mais culpado do que qualquer outro ministro em relação a essa gravíssima patologia do STF. (MENDES, 2018).

Assim,

No desenho institucional em tese, a supervisão pelo plenário seria a melhor aposta de controle desse poder individual. Os ministros individuais seriam agentes do plenário, decidindo com urgência de modo a preservar a autoridade futura da decisão colegiada, que poderia sempre discordar da liminar e revogá-la. Na prática, porém, pela interação entre poderes de agenda e poderes de decisão, a supervisão do plenário acaba se tornando opcional. O relator do processo pode impedir que sua liminar seja liberada para apreciação pelo colegiado. Mesmo quando a parte prejudicada recorre da liminar, o relator da liminar atacada também controla quando esse recurso estará liberado para decisão do plenário — a quem caberia, em tese, controlar sua atuação individual. Ao manter o caso fora da apreciação do plenário, o relator que deu a liminar individual pode impedir qualquer risco de revogação, seja diretamente (bloqueando a possibilidade de decisão, evitando o plenário) ou indiretamente (criando fatos consumados que aumentarão muito os custos de reverter sua liminar, emparedando o plenário). (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 24)

Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 209), ao rechaçar decisões individuais que boicotam o princípio da colegialidade, afirma que a deliberação tem um papel fundamental em uma corte constitucional, uma vez que as sentenças “têm que refletir valores políticos de justiça e razão pública”. Para Mendes (2012, p. 8), “deliberação é uma forma exigente de interação no processo de tomada de decisão, por meio do qual razões de um tipo específico são trocadas na tentativa de persuadir e alcançar o consenso” e, mais: “não é um duelo verbal. Não é conduzida, por isso, no mesmo espírito de uma competição” (MENDES, 2012, p. 10). Assim, cortes constitucionais são, portanto,

compostas por um grupo pequeno de juízes que interagem entre si por meio do argumento e da persuasão até alcançar uma decisão final. Esse processo interno constituiria uma vantagem comparativa das cortes em relação a instituições estruturadas de maneira diversa (como, por exemplo, a simples agregação de votos segundo a regra de maioria). Cortes beneficiar-se-iam da deliberação colegiada e, graças às suas peculiares condições decisórias, teriam maior probabilidade de alcançar boas respostas na interpretação constitucional. Por isso, além de catalisadoras de deliberação inter- institucional e social, tal como a imagem anterior sugeria, cortes também promoveriam uma boa deliberação intra-institucional. (MENDES, 2012, p. 5)

Há que se chamar a atenção, dessa forma, para o descompasso entre o número de decisões liminares monocráticas e liminares colegiadas exaradas pelo Supremo Tribunal Federal. Entre 2010 e 2017, foram publicadas 20.830 decisões monocráticas liminares em contraste com 177 decisões de mesma natureza expedidas pelo Plenário e pelas duas Turmas do STF. Na última década, mais de 90% das decisões liminares em controle concentrado foram monocráticas. Tendo em vista essa disparidade, entre 2007 e 2016, a média de prazo é de 1278 dias entre uma decisão liminar e uma manifestação colegiada, em sede de controle concentrado, e, para os outros tipos de ações, a média é de 797 dias (FALCÃO; HARTMANN; CHAVES, 2014).

Dados tabulados pelo Projeto Supremo em Números (FALCÃO; HARTMANN; CHAVES, 2014), apontam que tais decisões duram, em média, até a decisão de mérito, mais de dois anos e, no caso das ações diretas de inconstitucionalidade, seis anos, podendo chegar a até treze anos.

Caso notório é o julgamento, em 2016, do Recurso Extraordinário (RE) 601.314, com repercussão geral reconhecida, além das ADIs 2386, 2390, 2397 e 2859, que questionavam a

constitucionalidade do artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001, a qual permite que os bancos forneçam dados bancários de contribuintes à Receita Federal sem prévia autorização judicial. Para os autores, o dispositivo seria inconstitucional por violação ao artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição²⁴.

Em 24 de fevereiro de 2016, o plenário do STF decidiu, por ampla maioria – 9 a 2 –, que a norma atacada não resulta em quebra de sigilo bancário, mas sim em transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros. Nesse sentido, em virtude do compartilhamento de dados do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), da Receita Federal e do Banco Central com os órgãos de persecução penal, a decisão impactou “centenas de processos penais por sonegação fiscal e lavagem de dinheiro, que estariam condenados ao lixo caso o Supremo tivesse afirmado a inconstitucionalidade” (BATINI in ARGUELHES; FALCÃO; HARTMANN, p. 124).

Esse foi o precedente utilizado pelo Ministério Público Federal (MPF) no recurso paradigma interposto contra o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que anulou ação penal em que o compartilhamento de dados da Receita Federal com o Ministério Público foi utilizado como prova, a saber RE 1.055.941, com repercussão geral reconhecida (Tema 990). Porém, o Senador da República Flávio Bolsonaro, filho do Presidente da República Jair Bolsonaro, investigado pelo Ministério Público do estado do Rio de Janeiro, pediu seu ingresso no feito argumentando que, no procedimento criminal em curso contra sua pessoa, houve quebra ilegal dos sigilos bancário e fiscal, já que não houve autorização judicial para o compartilhamento de dados entre as instituições.

O ministro Dias Toffoli, em 16 de julho de 2019, deferiu o pedido do Senador e suspendeu todos os processos judiciais, administrativos e investigativos em curso no País até o julgamento da questão em plenário. Como desdobramento, vê-se duas questões interessantes e, aparentemente, conflitantes. A primeira diz respeito à meta política do governo do Presidente Jair Bolsonaro, pai do Senador, de tornar o Brasil país membro da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em oposição à orientação política dos governos anteriores – Dias Toffoli foi Advogado-Geral da União e nomeado ministro do Supremo sob a égide de tais governos.

²⁴ Art. 5º (...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI – (...)

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Para que o ingresso do País na organização seja possível, há que se atender a uma série de recomendações do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e Financiamento do Terrorismo (Gafi) e, caso as investigações acerca de lavagem de dinheiro baseadas em compartilhamento de dados entre os órgãos estatais sem autorização judicial estejam suspensas, a candidatura enfrentará sérias dificuldades perante a OCDE.

Ao mesmo tempo, se o Plenário entende pela necessidade de autorização judicial para compartilhamento de dados de tal natureza, os atos processuais do procedimento que corre contra o Senador decorrentes de tais provas seriam anulados. Além disso, as variadas opiniões dos cidadãos e da mídia sobre a decisão do Presidente do Tribunal influenciam diretamente na dinâmica democrática.

Um dos casos contemporâneos mais emblemáticos de interferência no processo democrático brasileiro diz respeito à liminar concedida pelo Ministro Gilmar Mendes para suspender a nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva como ministro-chefe da Casa Civil em análise dos Mandados de Segurança nº 34.070 e nº 34.071, impetrados pelo Partido Popular Socialista (PPS) e pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), respectivamente. O principal argumento das ações pautava-se no pretense desvio de finalidade da nomeação do ex-presidente como ministro para que as ações penais contra sua pessoa, que transitavam perante a Justiça Federal do Paraná e a Justiça de São Paulo, tivessem a competência deslocada para o Supremo Tribunal Federal.

Arguelhes e Hartmann (2016, p. 41) enxergam, na atitude do Ministro, a erosão do Plenário de três maneiras diferentes. A primeira diz respeito à usurpação do controle colegiado do *timing*:

Com o feriado da semana santa na semana seguinte, a decisão no apagar das luzes (..) só terá alguma chance de ser discutida no plenário 12 dias depois, no mínimo – provavelmente mais. No cenário atual, na ausência de uma sessão extraordinária do tribunal, isso é uma eternidade. O ministro sabia que ocuparia um vácuo de sessões colegiadas. Mais: esse processo precisa da ação do próprio Mendes para entrar em pauta. Ou seja, o ministro também define sozinho o *timing* da decisão colegiada sobre a sua própria decisão liminar. Um injustificável duplo controle do tempo.

A segunda, com grandes reflexos para o jogo democrático, diz respeito ao aumento da politização e das dúvidas quanto à parcialidade dos julgamentos do STF, uma vez que Gilmar

Mendes constantemente se manifestava, em tom extremamente crítico contra o partido e o governo da época:

Mendes tem sido um crítico aberto do governo Dilma, na imprensa e em sessões do Supremo, e pré-julgou a própria nomeação de Lula dois dias antes da decisão liminar. Um voto seu no plenário anulando a nomeação seria expressão natural do funcionamento do tribunal. O colegiado diluiria o individual – se não pelo debate, que pode ou não ocorrer, ao menos quantitativamente. Com votos vencidos de um lado e vencedores do outro, temos uma imagem de uma decisão complexa, moldada por vários fatores, nenhum dos quais explica sozinho o resultado final. Decidindo sozinho dessa forma, porém, Mendes não expõe apenas a si mesmo. Coloca em risco, junto à opinião pública, a própria imagem de imparcialidade do processo decisório do Supremo (ARGUELHES; HARTMANN, 2016, p. 42)

A última maneira diz respeito ao uso de teses jurídicas ousadas, com alto impacto político, para justificar a decisão, quais sejam, a projeção de elementos objetivos de desvio de finalidade e a intenção de Rousseff e de Lula de fraudar o processo criminal em curso contra o ex-presidente. Para os autores, quando em plenário,

teses muito ousadas teriam menor chance de prevalecer. Seriam apenas a manifestação de um voto dentre muitos, mas incluídas livremente na decisão monocrática, podem ficar repercutindo — às vezes por muito tempo — como um substituto da posição do tribunal. São palavras que geram efeito imediato. Mobilizam a autoridade da instituição em prol de uma visão individual (ARGUELHES; HARTMANN, 2016, p. 42)

O argumento do Ministro Gilmar Mendes para a concessão da liminar, no entanto, não encontra respaldo fático. Dificilmente o processo contra o ex-presidente, símbolo da tensão política do País, ficaria parado ou seria beneficiado pelo foro privilegiado no STF, tendo em vista o grau de mobilização da sociedade, a notoriedade do caso e a impulsão do Ministério Público, já que o Procurador-Geral da República mantinha grupo específico de Procuradores para os casos da Lava-Jato, inclusive nas causas com foro privilegiado.

Para além da intempestividade do Ministro Gilmar Mendes, que submeteu a liminar à apreciação do plenário depois de o processo de *impeachment* ser iniciado, talvez o mais grave foi o Supremo ter deixado a ação perder o objeto. Os Ministros decidiram ser pertinente julgá-la quando da deliberação sobre as ADPFs nº 390 e nº 391, que possuíam o mesmo objeto e

tiveram liminares indeferidas pelo Ministro Teori Zavascki, por motivo formal, qual seja, a via escolhida não ser a mais adequada.

Do ponto de vista político, o governo de Dilma Rousseff enfrentava sérios problemas de articulação com o Legislativo. No sistema de presidencialismo de coalizão, tal situação inviabiliza a governabilidade e a manutenção do Presidente da República no poder. Lula era um político habilidoso e, no período em que esteve na presidência, foi conhecido por sua capacidade de diálogo e de conformação de interesses.

Sua nomeação como chefe da pasta que articulava as relações do governo com os parlamentares teria posto fim à articulação para iniciar o processo do *impeachment* de Dilma? Não saberemos. O que sabemos é que “a decisão que impediu a posse de Lula desapareceu do mundo jurídico sem nunca ser discutida pelo plenário do Supremo. Existiu apenas pelo tempo suficiente para gerar seus efeitos, no direito e na política, subsistindo agora apenas na história” (ARGUELHES; HARTMANN, p. 43).

Por fim, vale a análise da atuação do Ministro Marco Aurélio no julgamento da ADPF nº 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) em 17 de junho de 2004, que questionava a constitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção voluntária da gravidez de feto anencéfalo era considerada crime. Como se sabe, a questão da aceitação do aborto é controversa no mundo inteiro, e, em um país com forte influência de preceitos religiosos como o Brasil, não poderia ser diferente. A descriminalização do aborto e a interrupção da gravidez como direito da mulher enfrentam forte resistência até mesmo em setores mais liberais e progressistas da sociedade.

No que diz respeito à temática deste trabalho, é interessante verificar que, mesmo em tema de tamanha envergadura para a sociedade, o Ministro Marco Aurélio, Relator do caso, decidiu monocraticamente, durante o recesso forense, de forma favorável à interrupção da gravidez sem enquadramento como fato criminoso e suspendeu todos os processos em curso. A liminar permaneceu em vigor por três meses, quando foi cassada pela maioria em Plenário. Por fim, o mérito foi decidido apenas em 12 de abril de 2012, com oito votos favoráveis e dois contrários à procedência do pedido.

A insegurança jurídica causada às mulheres gestantes de fetos anencéfalos à época da concessão e da cassação da liminar, além da atitude anti-democrática do Ministro – ainda que com a pretensa intenção de trazer à baila a função contramajoritária do Tribunal –, requer a evocação da afirmação categórica de Mendes (2017), pois “a interpretação constitucional deve estar submetida ao “governo do Supremo, não dos Ministros”. O tribunal, porém, tem sido

governado pelo voluntarismo incontinente de seus membros. É muito poder individual de fato (e de legalidade duvidosa) para ser usado com tanta extravagância”.

Assim, verifica-se que os Ministros do STF, na maioria dos casos, decidem individualmente, e decidem, até mesmo, quando e se suas decisões serão apreciadas pelo colegiado, deixando marcas muito profundas na democracia brasileira. No que se refere à questão da gravidez de anencéfalos, a demora do Supremo em se pronunciar acerca de afronta ou não a pilar do nosso ordenamento jurídico – a dignidade da pessoa humana – e também nos demais casos relatados, mostra que

A duração de um caso não guarda nenhuma relação com sua complexidade jurídica, sua importância política ou o excesso de trabalho do tribunal — alegações usuais de ministros. É fruto, sim, da idiossincrasia e do instinto de cada julgador. E, às vezes, de negociações nos bastidores palacianos e corporativos (MENDES, 2017).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que a fundação da Suprema Corte remonte aos primeiros anos dos Estados Unidos como país independente, a ascensão da jurisdição constitucional nas democracias ocidentais contemporâneas é fenômeno incontestado do período que sucedeu à Segunda Guerra Mundial, em virtude das graves violações aos direitos humanos perpetradas pelas maiorias políticas da ocasião.

Com base no princípio kelseniano de supremacia da Constituição, constata-se o aumento do protagonismo do Poder Judiciário e, especialmente, das Cortes Constitucionais no Ocidente, destinadas a garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, especialmente daqueles pertencentes aos segmentos minoritários da sociedade.

No Brasil, muito embora a fundação do Supremo Tribunal Federal tenha ocorrido já nos primeiros idos da instalação da República – em clara inspiração estadunidense –, e que o Tribunal tenha desempenhado papel relevante nos regimes constitucionais pretéritos, somente no período militar é que há o início do gradual processo de concentração decisória e o uso do discurso – demonstrado como retórico, sem confirmação estatística – de sobrecarga do poder judiciário como justificativa para as mudanças em suas competências.

A Constituição de 1988 assenta tal protagonismo e atribuiu vastas competências ao Supremo, que, em outros regimes democráticos, dividem-se em várias instituições. Assim, o STF funciona como corte constitucional – e ressalta-se a expansão dos limites do controle concentrado de constitucionalidade, com a introdução de novas ações e o aumento do rol de legitimados à sua postulação –, como tribunal de apelação ou de última instância judicial, realizando o controle difuso de constitucionalidade, e como foro especializado em questões criminais e políticas.

As mudanças trazidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004, notadamente a instituição da repercussão geral e da súmula vinculante, implicaram maior concentração do controle de constitucionalidade e reforçaram a seletividade das ações. Em perspectiva comparada, portanto, a participação do STF no processo político é muito mais acentuada, em virtude da amplitude de questões que podem chegar ao Tribunal.

Assim, ao se pensar na leitura pretensamente “clássica” da teoria da separação dos Poderes, corre-se o risco de se legitimar um pensamento falacioso e de se atribuir como antidemocrática a atuação do STF. Porém, a ideia da teoria diz respeito ao sistema de pesos e contrapesos, não a atribuições estanques de cada poder, em uma interpretação que daria ensejo à ideia de que o Poder Judiciário é meramente técnico e imune aos jogos de poder e à política.

A superação desta teoria formalista de separação de poderes e a existência do chamado diálogo institucional fazem parte do dia-a-dia das mais fortes democracias ocidentais. O constitucionalismo democrático contemporâneo é permeado pela ampla interação entre os Poderes e pelo reconhecimento do caráter político de todos eles.

Em esforço para a superação desta leitura, Benvindo (2016, p. 91) afirma que na interação entre os Poderes “há muito de competição política, muito de buscas por espaços de poder e muito de cálculos estratégicos de como operar esse poder” e que as ações do Legislativo, do Executivo e do Judiciário podem se pautar, nesse contexto, na necessidade de se reafirmarem no jogo democrático ou mesmo na associação entre eles para operacionalizarem seus poderes da melhor forma. Assim, há que se considerar o Supremo Tribunal Federal como ator relevante no processo decisório e como parte do cálculo político dos demais atores.

De fato, a Constituição Federal atribuiu imensos poderes ao Supremo Tribunal Federal, mas, ao nosso ver, tal característica decorre do processo singular de amadurecimento institucional da democracia brasileira. No entanto, os poderes dados pela Constituição e a dinâmica de interação dos Poderes são insuficientes para explicar o atual alcance da participação do STF na arena política.

As mudanças que causaram maior impacto no funcionamento do STF são as modificações legais e regimentais que aumentaram o poder dos relatores e o aprofundamento do exercício da atuação individual dos ministros. Nesse sentido, para nós, o verdadeiro problema democrático diz respeito ao exercício dos poderes de agenda, de sinalização e de decisão formal de forma descentralizada, sem o pronunciamento do colegiado acerca de alguns dos mais importantes episódios no cenário político brasileiro.

O direito constitucional comparado, no que diz respeito às decisões monocráticas – tônica do trabalho do Supremo Tribunal Federal, comparando-se o número destas decisões com a quantidade de acórdãos publicados – afirma que estas não são vistas como um poder individual dos juízes por depender de confirmação do colegiado, porém, como observado neste trabalho, no Brasil, os ministros decidem não apenas os casos, mas, inclusive, quando – e, até mesmo, se – suas decisões serão apreciadas pelo plenário.

A alocação individual e descentralizada dos poderes de agenda, de sinalização e de decisão formal torna grande o risco de captura de ação dos ministros por grupos de interesse, uma vez que é muito mais fácil cooptar um indivíduo do que o colegiado. Além disso, os mecanismos inoperantes de controle das ações individuais dos ministros pelo colegiado em Regimento contribuem sobremaneira para a amplificação de tais perigos.

Acrescente-se a esse complexo cálculo político, três fatores: a questão do processo de escolha dos juízes, a prática deliberativa das Cortes Constitucionais e a forma de apresentação de tais decisões. Em virtude da matéria, qual seja, a interpretação constitucional, a controvérsia exagerada é prejudicial ao sistema e, assim, há necessidade de se evitar a politização exacerbada das discussões e das decisões.

Uma das formas de minimizar o problema consiste em mudanças ainda no processo de escolha dos membros. A partir das experiências das cortes europeias e estadunidense, verificou-se que o estabelecimento de mandato e a adoção de maioria qualificada para a escolha de membros enseja a opção por um candidato mais moderado, disposto à acomodação de interesses. No Brasil, não há mandato, a aposentadoria compulsória ocorre aos 75 anos, e a escolha se dá por maioria simples após indicação do Presidente da República.

Com relação às deliberações, viu-se que as Cortes que operam no sistema de audiências externas, acessíveis ao público, como o STF, possuem tendência de maior enfrentamento e dissenso, uma vez que os juízes se preocupam mais com a sua reputação individual e menos com a reputação institucional do Tribunal, comportando-se, muitas vezes, como membros de uma esfera eminentemente política. Soma-se a esse processo, a adoção do modelo *seriatim* puro para publicação das decisões, no qual o esforço de convergência e de conformação de interesses é desestimulado e a atuação individual de cada um dos ministros – preocupados com sua reputação pessoal – é incitada.

Assim como Ferejohn e Pasquino (2004), que entendem que é mais vantajoso para a estabilidade institucional que a Suprema Corte americana adote práticas de maior deliberação interna e de busca de consenso e creditam o sucesso do consenso europeu ao processo de escolha dos membros, pensamos que a adoção de práticas nesse sentido pelo Supremo Tribunal Federal seriam salutares para o fortalecimento da credibilidade institucional do Tribunal e da própria segurança jurídica do País. Além disso, há que se pensar em mecanismos de controle que fortaleçam o Plenário e diminuam o poder individual dos ministros, e, conseqüentemente, o risco de sua captura por grupos de interesse.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismo de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: nº 46, jan/jun 2015, p. 121 – 155.

_____. Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. São Paulo: *Revista Direito GV*, vol. 12, n. 02, maio – ago. 2016, p. 405-440

_____. Ministrocrazia: O Supremo Tribunal Individual e o processo democrático brasileiro. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 37, n. 01, jan. – abr. 2018, p. 13 – 32.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o STF e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, vol. 5, 2015, p. 23-50.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: ano 51, número 201, jan./mar. 2014, p. 71 – 95.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

_____. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei nº 5452, de 1º de maio de 1943.

_____. Lei nº 9.686, de 10 de novembro de 1999.

_____. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006.

_____. Lei nº 13.105, de 29 de setembro de 2015.

_____. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.

_____. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

BRETTAS DUARTE, I. C.; MADERS, A. M. Procedimentalismo e Substancialismo: diferentes perspectivas sobre a jurisdição constitucional. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, v. 7, n. 01, 15 set. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. *Judicial review in comparative perspective*. *California Law Review*, vol. 58, n. 5, 1970, p. 1017-1053.

_____. *Juizes Legisladores?* Porto Alegre: Editora Safe, 1993.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 4.e. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

COSTA, Alexandre Araújo; CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de; FARIAS, Felipe Justino de. Controle de constitucionalidade no Brasil: eficácia das políticas de concentração e seletividade. *Revista Direito GV*. São Paulo: vol. 12, n. 1, Jan – abr. 2016, pp. 155-187.

DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. III Relatório Supremo em Números: O Supremo e o Tempo. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014.

_____; ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz. Impeachment de Dilma Rousseff: entre o Congresso e o Supremo. Belo Horizonte: Letramento e Casa do Direito. FGV Direito Rio, 2017.

_____; _____; RECONDO, Felipe. Onze supremos: o supremo em 2016. Belo Horizonte: Letramento e Casa do Direito. Supra. Jota. FGV Direito Rio, 2017.

_____; OLIVEIRA, Fabiana Luci. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? São Paulo: Revista Lua Nova, nº 88, p. 429 – 469, 2013.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. *Constitutional adjudication: lessons from Europe*. *Texas Law Review*, vol. 82, 1671-1704, 2004.

GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia - O guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GRIMM, Dieter. *Constitutional adjudication and constitutional interpretation: between law and politics*. *NUJS Law Review*, vol. 4, issue 1, 2011, p. 15-29.

_____. *Constitutional Adjudication and Democracy*. *Israel Law Review*, 1999, vol. 33, p. 193 – 215.

HABERMAS, Jurgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, V. I, 2003.

_____. Três modelos normativos de democracia. *Revista Lua Nova*, 1995, n. 36, p. 39-53.

KELSEN, Hans. A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional). *Direito Público* nº 1 – Jul – Ago – Set/2003 – Doutrina Estrangeira, p. 90 – 130.

KORNHAUSER, Lewis A. *Deciding Together. New York University School of Law: Public and Legal Theory research paper series, October 2013*, p. 13-65.

LAUTH, Hans-Joachim. Critérios Básicos para a democracia: é a responsabilidade parte de seu círculo íntimo? *Revista Debates*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 115-138, jan. – abr. 2013.

LIPJHART, Arend. *Modelos de democracia: Formas de gobierno y resultados em trinta y seis países*. Barcelona: Editora Ariel, 2000.

LORENZETTO, Bruno Meneses; SCHAITZA, Letticia de Pauli. Deliberação Interna e Cortes Supremas. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, Volume XII, Número 2, 2017, p. 281 – 306.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

_____. *Sociologia do Direito I. Coleção Biblioteca Tempo Universitário 75*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *Sociologia do Direito II. Coleção Biblioteca Tempo Universitário 80*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MENDES, Conrado Hubner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais no STF. In: MACEDO, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011, p. 337-361

_____. *O projeto de uma corte constitucional deliberativa*. 2012. Disponível _____ em _____ : https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4437846/mod_resource/content/1/CHM%20-%20Projeto%20de%20uma%20corte%20deliberativa.pdf. Acesso em 3 de outubro de 2019.

_____. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

_____. Na prática, ministros do STF agredem a democracia, escreve Conrado Hubner Mendes, professor da USP. Combate Racismo Ambiental, 2017. Disponível em: <<https://racismoambiental.net.br/2018/01/28/na-pratica-ministros-do-stf-agridem-a-democracia-escreve-conrado-hubner-mendes-professor-da-usp/>>. Acesso em 15 de outubro de 2019.

_____. Decisão monocrática de ministro é resposta a boicote no STF. Rio de Janeiro, Revista Época, 20 de dezembro de 2018. Disponível em <https://epoca.globo.com/decisao-monocratica-de-ministro-resposta-boicote-no-stf-23317358?versao=amp&_twitter_impression=true>. Acesso em 15 de outubro de 2019.

_____. O inimigo do Supremo: Sobreviver a Gilmar Mendes é um desafio do cotidiano do STF. *Jota*, 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/dados/rui/o-inimigo-do-supremo-05062017>>. Acesso em 15 de outubro de 2019.

_____. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; GODOY, Miguel Gualano de. A decisão de Toffoli não é “política”; é ilegal mesmo. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/a-decisao-de-toffoli-nao-e-politica-e-ilegal-mesmo-31072019>>. Acesso em 15 de outubro de 2019.

MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2014.

OLIVEIRA, Alexandre José Au-Yong. O pensamento jurídico-constitucional inglês e francês: uma perspectiva histórica comparada. Lisboa: Universidade de Lisboa, seminário Direito Constitucional Comparado do Curso de Doutorado em Ciência Política, junho de 2010. Disponível em <<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/647-965.pdf>>. Acesso em 18 set. 2019.

PASQUINO, Pasquale. ¿Como deciden las cortes constitucionales? Cali: Precedente Revista Jurídica, vol. 9, jul./dez. 2016, p. 9 – 43.

PEREIRA, Antonio Kevan Brandão. Teoria democrática contemporânea: o conceito de Poliarquia na obra de Robert Dahl. 38º Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS), 2014. Disponível em <<https://anpocs.com/index.php/papers-38-encontro/gt-1/gt39-1/9208-teoria-democratica-contemporanea-o-conceito-de-poliarquia-na-obra-de-robert-dahl/file>>. Acesso em 28 nov. 2018.

PEREIRA, Saylon Alves. (2010). Os Pedidos de Vista no Supremo Tribunal Federal: Uma análise quantitativa nos casos de controle concentrado de constitucionalidade. Monografia de Conclusão de Curso. São Paulo. Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público-SBDP.

RODRIGUES, Paulo Joaquim da Silva. Controle de agenda individual? Análise dos efeitos dos pedidos de vista no julgamento da ADI 4650. 42º Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS), 2018. Disponível em <<http://anpocs.com/index.php/encontros/papers/42-encontro-anual-da-anpocs/spg-5/spg28-2/11512-controle-de-agenda-individual-analise-dos-efeitos-dos-pedidos-de-vista-no-julgamento-da-adi-4650/file>>. Acesso em 13 out. 2019.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes brasileiras. São Paulo: FGV Editora, 2103.

SARTORI, Giovanni. A Teoria da Democracia Revisitada: O Debate Contemporâneo. São Paulo: Ática, vol.1, 1994.

SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. Notas sobre a constituição do direito público na idade moderna: a doutrina das leis fundamentais. Revista Sequência, nº 53, p. 197-232, dez. 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. “O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública”. Revista de Direito Administrativo, n. 250, 2009.

_____. *Deciding without deliberating. International Journal of Constitutional Law. Oxford Journal*. Vol. 11, nº 3, p. 557-584, 2013.

_____. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*, v. 1, n.1, p. 180 – 200, 2015.

_____. MENDES, Conrado Hubner. Entre a Transparência e o Populismo judicial. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1105200908.htm> . Consultado em 15 de outubro de 2019.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

STEPAN, Alfred. *Os militares na Política*. Rio de Janeiro: Artenova, 1975.

SUNSTEIN, Cass. Por que sociedades precisam do dissenso? *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 4, n. 13, jan. 2006.

TATE, C. Neal. VALLINDER, Torbjorn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press; Revised ed., 1997.

UNITED KINGDOM, 2005. *Constitutional Reform Act*. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/contents>>. Acesso em 18 de setembro de 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista Direito GV*. São Paulo: jul. – dez. 2008, p. 441 – 464.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. COLET, Charlise Paula. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: UMA REALIDADE BRASILEIRA? *Revista Faz Ciência*, v.11, n.13 Jan./Jun. 2009, pp. 11-32. Disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/fazciencia/article/viewFile/7605/5597>>. Acesso em: 28 de novembro de 2018.

Se PEC 33 passar, 'melhor que se feche o Supremo', diz Gilmar Mendes. G1, Brasília, 25 abr. 2013. Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/04/se-pec-33-passar-melhor-que-se-feche-o-supremo-diz-gilmar-mendes.html>>. Acesso em 23 de setembro de 2019.

Ministros do STF criticam proposta de submeter decisões da Corte ao Congresso. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 24 abr. 2013. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ministros-do-stf-criticam-proposta-de-submeter-decisoes-da-corte-ao-congresso,1025075>>. Acesso em 23 de setembro de 2019.

Celso de Mello: Dilma comete “equivoco” ao chamar impeachment de golpe. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/politica-br/celso-de-mello-dilma-comete-equivoco-ao-chamar-impeachment-de-golpe/amp>>. Acesso em 15 de outubro de 2019.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. Verbete Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.fgv.br/Cpdoc/Acervo/dicionarios/verbete-tematico/supremo-tribunal-federal-stf>>. Acesso em 22 de agosto de 2019.

<http://www.stf.jus.br>

<https://www.supremecourt.gov>

<https://www.supremecourt.uk>

<https://www.conseil-constitutionnel.fr>

https://www.bundesgerichtshof.de/EN/Home/homeBGH_node.h...